Das Wiederkaufsrecht und das Vorkaufsrecht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Wilhelm Heßner

Rechtspraktikant aus Bayreuth.

Bayreuth

Buchdruckerei von Emil Mühl

1912.

Das Wiederkaufsrecht und das Vorkaufsrecht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Wilhelm Heßner

Rechtspraktikant aus Bayreuth.

Bayreuth

Buchdruckerei von Emil Mühl

1912.

Referent: Geh. Justizrat und ord. Professor Dr. Fr. Hellmann.

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für bürgerliches Recht von Kohler, Ring, Ortmann Bd. 32, Berlin 1908.
Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 74.
Biermann, Widerspruch und Vormerkung, Jena 1901.
Biermann, das Sachenrecht des B. G.-B., Berlin 1903.
Binder, die Rechtsstellung des Erben, Bd. III, Leipzig 1905.
Bock, das dingliche Vorkaufsrecht nach dem B. G.-B. Diss., Leipzig 1908.
Buchka v., Vergleichende Darstellung des B. G.-B. und des gemeinen Rechts, Berlin 1898.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des B. G.-B., Bd. I und II. Jena 1903/4.
Cretschmar v., Bürgerliches Recht, Bd. I und II. Düsseldorf 1902/4.
Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. III, 1905.
Crusen-Müller, Kommentar zum B. G.-B., A.-G. für Preußen, Berlin 1901.
Dernburg, Pandekten II, Erlangen 1882.
Dernburg, bürgerliches Recht, Bd. II, Halle 1901.
Deutsche Juristenzeitung 1908, 1910.
Eck, Vorträge über das Recht des B. G.-B. mit Anmerkungen von Leonhard, Bd. I, Berlin 1903.
Eichhorn, deutsches Privatrecht, Göttingen 1845.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Bd. I und II, Berlin 1902/3.
Enneccerus, das bürgerliche Recht, Bd. I, Marburg 1904.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Förtsch, der Code civil und das B. G.-B., Berlin 1899.
Fritsch, Vererblichkeit und Übertragbarkeit des dinglichen Vorkaufsrechtes, Diss., Erlangen 1906.
Gengler, das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen. Erlangen und Leipzig 1892.
Gerber-Cosack, deutsches Privatrecht, Jena 1895.
Gierke, Entwurf des B. G.-B., Leipzig 1889.
Goldmann-Lilienthal, das B. G.-B., systematisch dargestellt, I. Bd., Berlin 1903.
Gruchot, Beiträge, Bd. 51 und 53.
Hahn, der Wiederkauf, eine zivilistische Studie, Magdeburg 1902.
Hellmann, in der kritischen Vierteljahresschrift, s. dort.

Henle v., die Zwangsenteignung von Grundeigentum in Bayern. München 1911.
Immerwahr, das dingliche Vorkaufsrecht des B. G.-B.; in Ihering's Jahrbuch, Bd. 40.
Jäger, das Vorkaufsrecht nach gemeinem Recht, Diss. 1893.
Jäntsch, Denkschrift zum Entwurf eines B. G.-B., Berlin 1899.
Iherings Jahrbuch, Bd. 40 und 46.
Juristische Wochenschrift 1911.
Juristische Zeitschrift für das Reichsland Elsaß-Lothringen, Bd. 29, Straßburg 1904.
Katz, zur Lehre vom Vorkaufsrecht, Diss., Erlangen 1898.
Keller v., Pandekten. Leipzig 1861.
Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, Bd. II 1, Berlin 1906.
Kritische Vierteljahresschrift zur Literatur des B. G.-B., Bd. 41.
Krug, Zulässigkeit der reinen Wollensbedingung, Diss., Marburg 1903.
Kuhlenbeck, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Landsberg, das Recht des B. G.-B., 1. Hälfte, Berlin 1904.
Laue, Begriff und Wesen des Vorkaufsrechtes, Diss., Jena 1905.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907, Nr. 1.
Leonhard, bei Eck, Vorträge über das Recht des B. G.-B., Berlin 1903.
Leske, bürgerliches Gesetzbuch und preußisches Landrecht, Berlin 1900.
Lewandowsky, ein Beitrag zur Lehre vom obligatorischen und dinglichen Vorkaufsrecht in Gruchots Beiträgen, Bd. 53.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Berlin 1910.
Meikel, Grundbuchordnung, München 1908.
Meisner, Kommentar zum 2. und 3. Buch des B. G.-B., Breslau 1898/1901.
Meyer, über das Vorkaufsrecht in Gruchots Beiträgen, Bd. 51.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G.-B., Bd. II, III.
Müller und Meikel, bürgerliches Recht, Bd. II, München 1904.
Neumann, Handausgabe des B. G.-B., I. Bd., Berlin 1909.
Oberneck, Reichsgrundbuchrecht, Bd. I, Berlin 1904.
Örtmann, Kommentar zum 2. Buch des B. G.-B., Halle 1905.
Planck, Kommentar zum B. G.-B., Bd. II, III, V, Berlin 1906/07/08.
Platner, Wiederkauf in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Nr. 4.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des B. G.-B., Bd. II, III, V, VI.
Recht das, 1906, 1907, 1908.
Reichel, die Vormerkung im B. G.-B., Iherings Jahrbuch f. Dogm. Bd. 46.
Schäfer, das Wiederkaufsrecht nach dem B. G.-B., Diss., Leipzig 1906.
Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse, Berlin 1904.
Schütze, über die Bedeutung, Wirksamkeit 2c. des pactum de retrovendento 2c., Diss., Rostock 1899.
Seckler, Lehre von der Vormerkung, München 1904.

Seufferts Archiv, Bd. 56, 59.

Seuffert in Leipziger Zeitschrift 1907.

Simon Emil, das Vorkaufsrecht nach dem B. G.-B., Diss., Leipzig 1907.

Sintenis, Zivilrecht, Bd. II, Leipzig 1868.

Staudinger, Kommentar zum B. G.-B., München 1907.

Strippelmann, Neue Sammlung bemerkenswerter Entscheidungen des Ober-Appellationsgerichts zu Kassel, Jahrg. VI.

Strohal, das deutsche Erbrecht, Bd. II, 1904.

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechtes von den Schuldverhältnissen, Bd. II, Leipzig 1840.

Wächter v., Pandekten, Bd. II, Leipzig 1881.

Warneyer, Jahrbuch des deutschen Rechtes.

Weyl, Vorträge über das B. G.-B. für Praktiker, Bd. I, München 1898.

Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1906.

" " " " Württemberg, 1908, 1909.

Einleitung.

Unter den zweiseitigen Verträgen des heutigen Rechts nehmen die Kaufverträge, als für den Verkehr besonders wichtig, eine bevorzugte Stellung ein. Im B. G.-B. ist ihnen nicht nur ein eigener Abschnitt, der ausführliche Bestimmungen, insbesondere auch über die ganze oder teilweise Auflösung eines Kaufvertrages, die Wandelung oder Minderung, gibt, eingeräumt, sondern das Rechtsinstitut des Kaufs ist vom Gesetzgeber in verschiedenen Spezialarten noch besonders aufgeführt und geregelt.

Unter diesen Sonderarten[1]) verdanken der Wiederkauf und der Vorkauf ihre Aufnahme in das B. G.-B. einem vorhandenen Verkehrsbedürfnis, der letztere teilweise auch der besonderen Entwicklung des früheren deutschen Rechts. Über die heutige wirtschaftliche Bedeutung und Notwendigkeit der beiden Rechtsinstitute herrscht Streit.

Der Wiederkauf hat den Zweck, der Vorkauf kann, z. B. wenn er im Anschluß an einen Kaufvertrag abgeschlossen wird, den Zweck haben, dem ursprünglichen Verkäufer, der sich augenblicklich in Geldnot befindet, die Gelegenheit zu verschaffen, in augenblicklicher Zwangslage veräußerte Vermögensbestandteile in absehbarer Zeit wieder zu Eigentum zu erwerben. Der wirtschaftliche Wert dieser Institute gleicht daher dem eines Darlehens unter Verpfändung von Sachen, nur daß dem Kreditgeber durch das Eigentum eine bessere Sicherheit geleistet ist als durch den Pfandbesitz.

Diese Ähnlichkeit besonders des Wiederkaufsgeschäftes mit dem Pfandvertrage, nämlich im Zwecke, dem Geldbedürftigen Realkredit zu verschaffen, tritt noch deutlicher bei dem sog. Sicherungs-

---

[1]) Kauf auf Probe, Kauf nach Probe, Wiederkauf, Vorkauf, Erbschaftskauf.

kauf hervor. Hier wird dem Kauf auf Wiederkauf noch die Abrede hinzugefügt, der Käufer solle verpflichtet sein, falls der Verkäufer die ihm zur Abgabe der Wiederkaufserklärung gesetzte Frist ungenützt verstreichen lasse, die Kaufsache zu verkaufen und einen den seinerseits gezahlten Kaufpreis übersteigenden Mehrerlös herauszugeben. Die rechtliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung ist zwar sehr bestritten aus dem Grunde, weil das Gesetz eine Pfandbestellung, bei welcher der Schuldner die Pfandsache im Gewahrsam behalten dürfe, nicht kenne, doch wird man dagegen anführen können, daß der Schuldner auch bei Ausschluß des constitutum possessorium seine zu Eigentum übertragenen Vermögensstücke mietweise zurücknehmen und damit auch die gefürchtete Täuschung der übrigen Gläubiger hervorrufen könne. Die Protokolle zum Entwurf eines B. G.-B. enthalten übrigens einen Beweis dafür, daß der Gesetzgeber die Sicherungsübereignung nicht ausschließen wollte.[1])

Räumt man dem Sicherungskauf rechtliche Gültigkeit ein, so ist die praktische Bedeutung des Wiederkaufs nicht lediglich auf dem Gebiete des Landesrechts zu suchen, von welchem später zu sprechen sein wird.

Als Kaufvertrag mit Wiederkaufsrecht stellt sich auch das Reportgeschäft dar, dessen Wesen darin besteht, daß Wertpapiere gegen Barzahlung verkauft und für den Ultimo des nächsten Monats zurückgekauft werden.[2]) Hier dient der Wiederkauf Spekulationszwecken. Wieder andere Gründe als die bereits hervorgehobenen sind bei dem sog. Ulmer Wiederkauf maßgebend. Für die Ulmer Arbeiterhäuser, die von der Gemeinde erbaut und mit einer Amortisationshypothek für Bodenpreis und Baukosten belastet zu Eigentum übertragen werden, wird der Wiederkauf für den ursprünglichen Preis binnen einer 100jährigen Frist für eine Reihe von Fällen ausbedungen, unter andern für den Fall einer Veräußerung oder einer Erbteilung. Durch die Geltendmachung

---

[1]) Prot. Bd. III S. 197/200. In der zweiten Kommission wurde beantragt, daß der jetzige § 930 B. G.-B. keine Anwendung finden solle, falls die Veräußerung dazu diene, dem Erwerber Sicherheit wegen seiner Forderung zu verschaffen. Der Antrag wurde abgelehnt und die Sicherungsübereignungsgeschäfte mit ausführlicher Begründung für zulässig erklärt.

[2]) von Cretschmar a. a. O. Anmerkung zu § 497.

dieses Wiederkaufsrechtes will die Stadt in der Regel nur den Neuerwerber des Grundstückes dazu nötigen, auf neue 100 Jahre einen gleichen Wiederkaufsvertrag mit ihr abzuschließen.[1])

Im Gegensatze zum Wiederkaufsrechte will das Vorkaufsrecht in der Regel nur Dritte von der Sache fernhalten; es gewährt die Vorkaufsvereinbarung lediglich ein Vorzugsrecht für den Fall, daß ein bestimmter Gegenstand verkauft wird. Es handelt sich auch hier um einen Erwerb in der Zukunft, allerdings von dem Willen des zukünftigen Käufers unabhängig bis zu dem Augenblick, in dem der Vorkaufsverpflichtete freiwillig oder unfreiwillig verkauft. Eine wirtschaftliche Notwendigkeit möchten wir dem Vorkaufsrechte, wenn seine praktische Bedeutung[2]) auch größer sein mag als die des Wiederkaufes, nicht zusprechen, wofür auch der Wegfall der früheren gesetzlichen Vorkaufsrechte spricht[3]), vielmehr möchte man es, wie schon erwähnt, als einen Überrest einer speziell deutschrechtlichen Entwicklung, als eine Abart der früheren Retraktrechte bezeichnen.

[1]) Deutsche Juristen-Zeitung 1910 S. 563.

[2]) Bezüglich dieser s. u. S. 33 f.

[3]) Vergl. aber die neueste Gesetzgebung u. S. 33. Anm. 1.

A. Wiederkauf.

§ 1. Geschichtlicher Überblick.

Welche Stellen des Corpus juris civilis zu der Annahme berechtigen, daß bereits die Römer ein Wiederkaufsrecht gekannt haben, war Gegenstand eines lebhaften Streites. Die gemeinrechtliche Doktrin, die ein den Römern bekanntes Wiederkaufsrecht annahm, war im wesentlichen auf 2 Stellen gestützt:

1. l. 2 C. de pactis inter emtorem et venditorem compositis 4, 54 und
2. l. 12 D. de praescriptis verbis et in factum actionibus 19, 5.

Diese beiden Stellen sind auch von Hahn in seiner zivilistischen Studie über den Wiederkauf[1]) als Hinweis auf ein römisches Wiederkaufsrecht anerkannt. Mag man aber den angeführten Belegen, die sicherlich nicht einwandfrei sind, auch ablehnend gegenüberstehen, so muß man mindestens zugeben, daß bei den Römern Geschäfte, die den gleichen Zweck wie der Wiederkauf erfüllten und große Ähnlichkeit mit diesem aufweisen, häufig abgeschlossen wurden. Es ist dies die mancipatio fiduciae causa, auf deren Zusammenhang mit dem Wiederkauf Strippelmann[2]) zuerst aufmerksam gemacht hat. Die Rechtswirkungen dieser mancipatio fiduciae causa bestanden darin, daß das Eigentum an der Kaufsache auf den Käufer übertragen, dieser durch die fiducia verpflichtet wurde, eine remancipatio an den ursprünglichen Eigentümer vorzunehmen, falls der letztere eine solche gegen Zahlung des erhaltenen Kaufpreises forderte; der daraus entstehende Anspruch konnte durch die besondere actio fiduciae verfolgt werden.

---

[1]) S. 12.

[2]) Vergl. Strippelmann a. a. O. S. 256 f.

Das Vorhandensein eines Rechtsgeschäftes, das dem Verkäufer die Möglichkeit gab, eine verkaufte Sache gegen Erstattung des ursprünglichen Kaufpreises wieder zu erwerben, beweist, daß den Römern der Gedanke des Wiederkaufes nicht fremd war.[1])

Der Beweis eines römischen Wiederkaufsrechtes ist übrigens umsoweniger von Bedeutung, als bei der Rezeption des römischen Rechtes der Vorbehalt des Wiederkaufes bereits in Deutschland bekannt war und den damaligen Geldverhältnissen entsprechend nicht selten vereinbart wurde.

Vom 13. bis zum 15. Jahrhundert bestand das Vermögen der einzelnen in ihrem Grundbesitz, an barem Gelde war Mangel. Solches befand sich meist nur in Händen von Juden; da man Personalkredit nicht kannte und nach kanonischer Anschauung und kanonischem Rechte das Ausbedingen von Zinsen Wucher und als solcher verboten war, so mußte sich der in Geldnot befindliche deutsche Grundbesitzer durch Bürgschaft oder Verpfändung eines Grundstückes aus der Not helfen. Doch ist auf der einen Seite ein Bürge nicht immer so leicht zu finden, und andererseits mochte manchem Gläubiger der Pfandbesitz nicht genügende Sicherheit bieten. Diese Umstände entwickelten vom 13. Jahrhundert an ein Rechtsgeschäft, demzufolge der Geldbedürftige sein Grundstück gegen bar verkaufte, sich jedoch das Recht vorbehielt, das Grundstück gegen Zahlung des empfangenen Kaufpreises zurückzufordern.[2]) Ein solches Geschäft hatte noch den Vorzug, daß als Wiederkaufspreis ein höherer als der ursprüngliche Verkaufspreis vereinbart und so das kanonische Zinsverbot umgangen werden konnte. Aus dem Zwecke, ein Darlehen zu verdecken, welches den Gläubiger in gesetzwidriger Weise begünstigte, erklärt sich auch die Häufigkeit der Wiederkaufsverträge gerade in dieser Zeit der deutschen Rechtsentwicklung.[3]) Diese Anwendung des Wiederkaufsvorbehaltes hatte zur Folge, daß anfangs des 16. Jahrhunderts gegen sie, soweit

---

[1]) Vergl. Strippelmann a. a. O. S. 256 f.

[2]) Vergl. Platner a. a. O. S. 123—167.

[3]) Vergl. Hahn a. a. O. S. 19. In keiner der Urkundensammlungen aus dieser Zeit fehlt der Wiederkauf. Vergl. außer Platner Mittermaier, Grundsätze des deutschen Privatrechtes I, S. 582 ff., Warnkönig, Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 25, S. 420 ff.

sie auf Umgehung des Zinsverbotes gerichtet war, durch Gesetz eingeschritten wurde.

Dies ist durch die „Reformationes guter Polizei“ zu Augspurg anno 1530 Titel 26 § 1 und anno 1548 Titel 17 § 1 wiederholt geschehen. Im heutigen Rechte findet das Wiederkaufsgeschäft in dieser Hinsicht Beschränkung durch § 138 Abs. 2 des B. G.-B.

§ 2. Rechtliche Natur des Wiederkaufes.

Wie der Ursprung des Wiederkaufsrechtes im römischen Rechte, ist auch seine rechtliche Natur von jeher sehr bestritten gewesen. Das B. G.-B. hat hierin keine Änderung veranlaßt. Der Entwurf will nach den Motiven „über die juristische Konstruktion des Rechtes nichts bestimmen. Das Gesetz hat namentlich der Prüfung nicht vorzugreifen, ob ein Fall des § 79 (des Entwurfes) anzunehmen sei oder ein pactum de contrahendo vorliege mit der positiven Bestimmung, daß der Vorvertrag sich durch die fragliche Erklärung des Berechtigten unmittelbar in den Hauptvertrag verwandle; ein Bedürfnis hiezu liegt nicht vor.“[1])

Wird hier ausdrücklich eine gemeinrechtliche Theorie, nämlich die Annahme eines pactum de contrahendo für das Wiederkaufsrecht durch das neue Recht für nicht beseitigt erklärt, so kann andererseits schon nach der Stellung des Wiederkaufes unter den Kaufgeschäften die im gemeinen Rechte gleichfalls vertretene Anschauung, das Wiederkaufsrecht sei als Kauf mit Rücktrittsvereinbarung zu konstruieren, trotz einiger Ähnlichkeiten der beiden Rechtsakte für die Konstruktionsfrage des Wiederkaufsrechtes nach B. G.-B. erst in letzter Linie in Betracht kommen. Kuhlenbeck,[2]) der, wenigstens früher, die Rücktrittstheorie auch für das B. G.-B. aufrecht erhielt, konnte man die grundsätzlichen Verschiedenheiten der beiden Rechtsinstitute entgegen halten, welche hauptsächlich bei Form und Wirkung derselben hervortreten.

Der Vorbehalt des Wiederkaufes richtet sich in der Form, wie des näheren noch auszuführen sein wird, nach den Regeln

---

[1]) Mot. II 340.

[2]) Recht der Schuldverhältnisse zu § 497 B. G.-B.

des Kaufes, während die Verabredung des Rücktritts formfrei ist. Das Rücktrittsrecht will dem Berechtigten die Macht geben, den alten Vertrag zu zerstören;[1]) es verlangt Herstellung des Zustandes, welcher bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen wäre. Der Wiederkauf läßt den ursprünglichen Vertrag vollständig unberührt: es werden weder Nutzungen erstattet, noch der Kaufpreis verzinst. Die Vereinbarung des Schätzungswertes ist beim Rücktritt naturgemäß ausgeschlossen.[2]) Der Rücktritt kann nur gegen alle Erklärungsgegner ausgeübt werden, beim Wiederkauf liegt eine Notwendigkeit der Unteilbarkeit nicht vor.[3]) Die weiteren Unterschiede bei Haftung für Verschulden, bei Veränderungen der Kaufsache, hinsichtlich der Gefahrtragung überhaupt, aufzuführen, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, es mag genügen, wenn noch bemerkt wird, daß die Rücktrittstheorie für das B. G.-B. wenig Anhänger gefunden hat.

Nach der hier vertretenen Anschauung, die auch durch eine Stelle in den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines B. G.-B. [4]) unterstützt wird, sind alle Theorien von der Hand zu weisen, die dem Wiederkaufe die Vertragsnatur absprechen. So die Konstruktion Schollmeyer's,[5]) der in dem Wiederkaufe lediglich eine Rechtshandlung des Wiederkäufers, bestehend in der Erklärung der Einlösung, also die Ausübung eines Einlösungsrechtes, erblickt. Schollmeyer, der sich mit dieser Konstruktion der Auffassung des Österreichischen Gesetzbuches angeschlossen hat, führt aus, daß das durch die Einlösungserklärung begründete Schuldverhältnis keineswegs ein Kaufvertrag sei, so wenig wie das durch den Rücktritt begründete. Das Schuldverhältnis sei jedoch so zu behandeln, als ob es durch einen Kaufvertrag begründet worden wäre, das und nicht mehr sei aus dem vom Gesetzgeber gewählten Worte „Wiederkauf" zu folgern.[6]) Schollmeyer sucht sich hier mit einer Fiktion zu helfen,

[1]) Vergl. Schollmeyer a. a. O. S. 25 Anm. 1.

[2]) Vergl. § 501 mit § 346 B. G.-B.

[3]) Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse, S. 220.

[4]) Prot. II S. 84. Es wurde erwogen: „Von der Zeit des Wiederkaufes an sei ein neuer Kauf geschlossen, der ganz den allgemeinen Grundsätzen über Kauf untersteht."

[5]) A. a. O. S. 40.

[6]) Schollmeyer a. a. O. S. 40/41.

genau so wie der von ihm bekämpfte Kuhlenbeck,[1]) welcher den Inhalt des § 497 B. G.-B. als eine solche erklärt. Die Rechte des Wiederkäufers sollten nach seiner Meinung so beurteilt werden, als wäre die Wiederkaufserklärung vom Gegner angenommen und ein neuer Kauf, der Wiederkauf, abgeschlossen. Ohne weiteres wird es einleuchten, daß derartig künstliche Fiktionen kaum über die im Gesetz selbst gegebenen Anhaltspunkte und die aus den Protokollen zu entnehmenden Absichten des Gesetzgebers hinweghelfen können.

Auch Cosack[2]) bestreitet die Vertragsnatur des Wiederkaufsgeschäftes. Er bezeichnet den Wiederkauf als nicht „eigentlichen Kauf", den Wiederkäufer als nicht „wirklichen Käufer", teilt also den Standpunkt der Fiktion und betrachtet den Wiederkauf lediglich als eine einseitige Rechtshandlung des Wiederkäufers.

Den bisher erwähnten Theorien steht eine Mehrzahl von Anschauungen gegenüber, welche die Vertragsnatur anerkennen und den Wiederkauf als eine besondere Art des Kaufes erklären. Es ist dies jedoch das einzige, was diese Theorien, außer der noch zu erörternden praktischen Wirkung,[3]) gemeinsam haben, und leider muß noch jetzt die Behauptung Leske's[4]) gelten, daß keine der bisherigen Theorien mit den gesetzlichen Vorschriften völlig vereinbar ist.

Welches ist nun die ungezwungenste Konstruktion, d. h. welche verträgt sich am besten mit den gesetzlichen Vorschriften und läßt auch noch am ersten Abweichungen der positiven Vorschriften von den Grundsätzen der Theorie als begründete Ausnahmen erscheinen? Diese Theorie wird mangels einer vollkommen passenden die beste sein.

Eine Anschauung, die schon im gemeinen Rechte vertreten war, geht dahin, daß die Wiederkaufsabrede als ein Vorvertrag, ein pactum de contrahendo — gerichtet auf Abschluß des Wiederkaufs — aufzufassen sei. Unter den Vorverträgen, die nach dem herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit auch nach

---

[1]) Kuhlenbeck, Recht der Schuldverhältnisse, zu § 497.
[2]) A. a. O. Bd. I, S. 468.
[3]) Siehe unten S. 12 f.
[4]) A. a. O. S. 210.

dem B. G.-B. als zulässig zu erachten sind, wird zwischen einseitig und zweiseitig bindenden unterschieden, je nachdem sie einen oder beide Teile zum Abschluß des Hauptvertrages zwingen. Diese einseitige Bindung, welche tatsächlich auf Seite des Wiederverkäufers bedingt vorliegt, führt Schütze[1]) zur Annahme eines Vorvertrages.[2]) Dieser Auffassung widerspricht der Wortlaut des § 497 B. G.-B., der in dem Zeitpunkt, in welchem der Hauptvertrag abgeschlossen werden müßte, nur von einer einseitigen Willenserklärung spricht, so daß es in der Tat an einem vollendenden Hauptvertrag fehlen würde. Denn von selbst kann sich der Vorvertrag dann nicht auf einmal in einen Hauptvertrag umwandeln.

Gegen die Annahme eines Vorvertrages wenden sich ausdrücklich Matthias,[3]) auch Eck[4]) und Leonhardt,[4]) wobei sich Eck auch gegen die Anwendung des Ausdruckes pactum de retrovendendo als auf einen Vorvertrag irrtümlich hinweisend ausspricht.

Häufiger[5]) ist die Ansicht vertreten, der Wiederkaufsvorbehalt sei eine bindende Offerte des Käufers, zu der die entsprechende Annahme durch die Wiederkaufserklärung des ursprünglichen Verkäufers erfolge.

Man muß zunächst Schollmeyer[6]) beipflichten, der der Offertentheorie gegenüber den Ausdruck gebraucht „sie stelle den Sachverhalt auf den Kopf.“ Denn der Verkäufer macht für sich einen Vorbehalt und nicht der Käufer ein Angebot. Es sprechen aber auch andere Gründe gegen diese Auffassung. Nimmt man einen Vertragsantrag an, so bedarf der durch die Annahmeerklärung erst zustande gekommene Vertrag der für die Kaufverträge unter Umständen vorgeschriebenen Form. Die Wiederkaufserklärung ist nach B. G.-B. aber immer formlos. Man könnte allerdings einwenden, daß gerade die besondere Bestim-

---

[1]) A. a. O. S. 10.

[2]) Auch Kuhlenbeck hat sich im Gegensatz zu früher scheinbar dieser Theorie angeschlossen, da er das Wiederkaufsrecht als ein Beispiel des vertragsmäßigen Kontrahierungszwanges bezeichnet. Juristische Wochenschrift 1901, S. 391 ff. Vergl. oben Anm. 1 zu S. 8.

[3]) A. a. O. S. 289.

[4]) A. a. O. S. 464 ff.

[5]) Planck II, 408, 414; Hellmann a. a. O. S. 227; Endemann I, 1016, Anm. 38.

[6]) A. a. O. S. 40.

mung der Formfreiheit in § 497 S. 2 B. G.-B. für die Offertentheorie spreche, insofern als bei ihr der Vertragsschluß mit der Wiederkaufserklärung, d. i. Annahmeerklärung, zusammenfalle, wodurch eigentlich für diesen Zeitpunkt das Formerfordernis gegeben wäre, das nur durch die gesetzte Ausnahmebestimmung beseitigt werden konnte. Allein es sprechen noch weitere Punkte gegen die Annahme eines Vertragsantrages, so die lange, drei- bezw. dreißigjährige Gebundenheit an den Antrag, da das B. G.-B. im übrigen denkbar kürzeste Fristen bestimmt, außerdem der Umstand, daß eine dem Antrag entsprechende Erklärung nach den Umständen bereits vorher abgegeben sein muß, insoferne als der Wiederkäufer schon bei Vereinbarung des Vorbehalts sich dahin geäußert haben müßte, daß er zurückkaufen werde, wenn er wolle. Der Wiederkäufer und ursprüngliche Verkäufer hat sich also schon zu dem Antrag geäußert, — unter normalen Umständen ist auch anzunehmen, daß der Käufer die Sache nicht wieder loshaben, sondern daß der Verkäufer sie wieder haben will, — diese Erklärung kann nicht aus der Welt geschafft werden.

Diese Bedenken gegen die Konstruktion des Wiederkaufes als Offerte bleiben auch bestehen, wenn man die naturgemäße Äußerung des ursprünglichen Verkäufers als vorläufige Antwort auf die Offerte auffassen will, werden allerdings um das letztangeführte gemindert, wenn man, wie Hellmann und Endemann, in dem Wiederkaufsvorbehalt das vertragsmäßige Ausmachen einer Verkaufsofferte erblickt, eine Lösung der Streitfrage, die aber wieder dem Vorvertrag zuneigt.

Es ist freilich für alle Anschauungen, die den Vertragsschluß in die Zeit der Wiederkaufserklärung legen, verlockend, daß das B. G.-B. in § 497 den Ausdruck gebraucht „Der Wiederkauf kommt zustande", doch wird man kaum dem Gesetz so viel Zwang antun, wenn man behauptet, der Gesetzgeber wollte damit sagen, daß der Wiederkauf jetzt vollendet, daß er sichtbar werde, als wenn man die oben angeführten Bedenken, die sich auf grundlegende Gesetzesvorschriften gründen, unberücksichtigt läßt.

Die Auffassung, daß schon vor der Abgabe der Wiederkaufserklärung ein Kaufvertrag vorhanden sei, erscheint nicht auffallend bei einem Vergleich mit dem französischen Recht. Nach diesem ist gemäß Art. 1662 des code civil das Wiederkaufsrecht durch

„Klage auf Wiederkauf" geltend zu machen. Die Auslegung geht jedoch dahin, daß die Ausübung durch außergerichtliche Willenserklärung geschehen könne,[1]) die Willenserklärung, die eine Klage ersetzt, verwirklicht aber einen Anspruch, der schon vorher besteht.

U. E. ist am leichtesten mit den gesetzlichen Bestimmungen und Ausdrücken diejenige Theorie zu vereinbaren, welche den Wiederkauf als einen Kauf, unter einer suspensiven Bedingung abgeschlossen,[2]) erachtet. Der Haupteinwand, der gegen diese Auffassung vorgebracht wird, richtet sich gegen die condicio si volam, gegen den Umstand, daß die Bedingung in einem Ereignis besteht, das vollkommen in den Willen des einen Kontrahenten gestellt ist. Ob dies zulässig sei, war lange Zeit eine Streitfrage,[3]) man hat sich nunmehr in der Mehrzahl dahin geeinigt,[4]) daß wenigstens ein gegenseitiger Vertrag, der unter einer solchen Bedingung zustande kommt, nicht nichtig sei. Diesem Standpunkt kann um so unbedenklicher beigetreten werden, als ihn das B. G.-B. durch die Vorschriften über den Kauf auf Probe, bei welchem ein Rechtsgeschäft von einer reinen Wollensbedingung abhängig gemacht ist, billigt und als im ersten Entwurfe sich zwei Stellen befanden, die für diese Ansicht sprechen, allerdings als Auslegungsregeln, wie viele andere, später gestrichen wurden. Diese sind der § 138 des 1. Entwurfes, der es für unzulässig erklärte, eine Verbindlichkeit von einer auf den bloßen Willen des Verpflichteten gestellten Bedingung abhängig zu machen, und der § 79, der für gegenseitige Verträge ausdrücklich eine Ausnahme konstatierte.

Eine solche Bedingung hat gerade für den Wiederkauf auch keineswegs etwas unbilliges; denn im Einzelfalle wird sich der Wiederverkäufer als Entgelt für die Gefahr, daß er das gekaufte Vermögensstück vielleicht wieder hergeben muß, Vorteile, wie z. B.

---

[1]) Vergl.Förtsch a. a. O. S. 252.

[2]) Vergl. Dresdener Entwurf § 487, 489, bezüglich der Anhänger dieser Theorie Hahn a. a. O. S. 30 f. Auch v. Seuffert in der Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 1907 Nr. 21 teilt diese Anschauung.

[3]) Vergl. Hahn a. a. O. S. 34 ff. und Endemann I. § 76.

[4]) Vergl. Krug a. a. O. S. 180 f. „der Wiederkaufsvertrag wird durch die Abrede des Wiederkaufsvorbehaltes geschlossen; die Ausübungserklärung des Wiederkäufers stellt eine bedingungserfüllende Tatsache dar, durch welche der Wiederkaufsvertrag in Wirksamkeit gesetzt wird.

die Zahlung eines geringeren Kaufpreises für den ersten Kauf sichern, außerdem ist abgesehen von Parteiabreden [1]) die Ausübung des Wiederkaufsrechtes durch § 503 B. G.-B. zeitlich beschränkt.

Bezüglich des Ausdruckes „der Wiederkauf kommt zustande" kann auf die früheren [2]) Bemerkungen Bezug genommen werden.

Auch mit den übrigen über den Wiederkauf im Gesetz enthaltenen Bestimmungen läßt sich die Theorie des suspensiv bedingten Kaufes am besten vereinbaren, so auch mit der Bestimmung des § 498 B. G.-B., obwohl an sich beim suspensiv bedingten Vertrag der Wiederverkäufer die Gefahr tragen müßte. [3]) Aber hier ist der Wiederkäufer hinreichend dadurch gedeckt, daß er sein Recht nicht auszuüben braucht.

Andererseits muß allerdings zugegeben werden, daß bei manchen praktischen Fällen die Theorie des Rücktritts und die des Vorvertrags zum gleichen Ergebnis führt wie die von uns angenommene. Ein Beispiel bietet der Fall, daß vor Ausübung des Wiederkaufsrechtes das Konkursverfahren über das Vermögen des Berechtigten oder des Verpflichteten eröffnet wird. Bei Annahme eines bedingten Kaufs gehört die Wiederkaufsbefugnis des in Konkurs geratenen Berechtigten als bedingter Anspruch zur Konkursmasse. Daß sich der Anspruch aus dem Wiederkaufsvorbehalt als ein Vermögensanspruch im Sinne des § 3 K.-O. darstellt, dürfte nicht zweifelhaft sein; allerdings bleibt noch das Bedenken stehen, daß der Konkursverwalter hier eine Erklärung abgeben soll, die vollständig in das Belieben des Gemeinschuldners gestellt ist, daß es sich also nicht lediglich um eine Bedingung handelt, deren Erfüllung nach Konkurseröffnung unabhängig vom Willen des Gemeinschuldners eintritt.

Demgegenüber aber wird man anführen können, daß bei Nichtausübung des Wiederkaufsrechtes unter Umständen den Gläubigern bedeutende Werte entzogen werden können, während nach unserer Anschauung der Konkursverwalter diese Werte der Masse

---

[1]) Nach Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 5 zu S. 520 ist auch eine Vereinbarung, wie sie das A. L.-R. § 317 I 11 erwähnt, nämlich „daß die Ausübung des Rechtes zu allen Zeiten stattfinden solle" nach B. G.-B. unzulässig.

[2]) S. oben S. 10.

[3]) Hauptangriffspunkt Schollmeyers, vergl. a. a. O. S. 39.

zuführen kann, worin eine wirksame Ergänzung des Anfechtungsrechts zu erblicken ist. Für die Rücktritts- und Vorvertragstheorie läßt sich dieselbe Ansicht vertreten, da auch hier bedingte Ansprüche bereits vor der Ausübungserklärung gegeben sind.

Dagegen kann bei Aufstellung der Offertentheorie die Befugnis, den Vertragsantrag anzunehmen, dem Konkursverwalter nicht zustehen, da nach der letztgenannten Theorie ein Anspruch aus dem Wiederkaufe erst mit der Annahmeerklärung entstehen, in dem ihr vorhergehenden Stadium daher nur von künftigen Ansprüchen gesprochen werden kann, diese aber nicht zur Konkursmasse gehören.[1])

§ 3. Form, Inhalt und Wirkungen des Wiederkaufsvorbehalts.

Bei der Betrachtung des Wiederkaufsrechtes hinsichtlich seiner Wirkungen fällt von selbst ein einschneidender Unterschied in die Augen, der Zustand nach Vereinbarung des Vorbehaltes und derjenige nach der Wiederkaufserklärung des Berechtigten. Es besteht dabei keine Veranlassung, von dem vom Gesetzgeber gewählten Ausdruck „Wiederkaufsvorbehalt" abzugehen, wie Schäfer[2]) meint, und ein ersetzendes Wort „Abrede" zu gebrauchen.

Denn einmal kennzeichnet gerade das Wort „Vorbehalt" die Tatsache, daß die Vereinbarung in der Regel von dem ursprünglichen Verkäufer ausgeht, zweitens erklärt das Gesetz in § 497 ausdrücklich, daß das Wiederkaufsrecht in einem Kaufvertrage vorbehalten sein muß. Dem widerspricht auch nicht, daß die Motive[3]) einen Nachtrag zu dem Kaufvertrage zulassen; der Vorbehalt muß aber in engem Zusammenhang mit dem ursprünglichen Kaufvertrag stehen, der Käufer wird sich nicht ohne weiteres der Gefahr aussetzen, ohne irgend eine Begünstigung seinerseits, die naturgemäß meist mit dem von ihm zu zahlenden Kaufpreise zusammenhängen wird, die Kaufsache wieder zu verlieren. Dies wird jedoch nur bei den allerkürzesten zeitlichen Zwischenräumen möglich sein, so daß man nur von einem Kaufvertrag sprechen kann.

---

[1]) Vergl. Seuffert a. a. O. Spalte 20 ff.

[2]) A. a. O. S. 20.

[3]) Mot. II. S. 339.

Andernfalls wäre ein gewöhnlicher neuer Kaufvertrag in Frage und die Anwendung der Wiederkaufs-Bestimmungen unzulässig.

Im übrigen soll sich nach unserer Meinung der Ausdruck „Vorbehalt" auf den ersten Kaufvertrag nicht in dem Sinne beziehen, daß der Bestand dieses Vertrages von der Wiederkaufsbestimmung abhänge, sondern er ist lediglich als Unterlage für die zukünftige Wiederkaufserklärung gebraucht; es dürfte also kein Grund bestehen, von dem im Gesetze gebrauchten Ausdrucke abzugehen.

Daß die im § 503 B. G.-B. bestimmten Fristen von dem Zeitpunkte der Vereinbarung des Vorbehaltes an laufen, ist u. E. selbstverständlich und mit Rücksicht auf die praktisch nur sehr kurzen Zwischenräume zwischen Urkauf und Vorbehalt ohne wesentliche Bedeutung.

Da der Wiederkaufsvorbehalt in allen Fällen Teil eines Kaufvertrages [1]) ist, unterliegt er auch dessen Form. Eine formlose Abrede neben einem formellen Kaufvertrag wäre nichtig.[2]) Das Formerfordernis geht auch daraus hervor, daß es an einer gegenteiligen Bestimmung fehlt, während für die Wiederkaufserklärung ausdrücklich Formbefreiung gewährt ist.[3]) Diese Formbefreiung verlangt auch sachlich eine Form für den Vorbehalt [4]); denn sonst würde z. B. ein Grundstückskauf ohne jede Form zustande kommen können.

Ist in diesem Falle der ursprüngliche Kaufvertrag ohne Beachtung der vorgeschriebenen Form zustande gekommen, so gelten auch für den Wiederkauf die Vorschriften des § 313 S. 2 des B. G.-B. über Heilung des Formmangels, da nach unserer Anschauung der Wiederkaufsvorbehalt unter allen Umständen inner-

---

[1]) Der enge Zusammenhang zwischen Urkauf und Wiederkauf kommt auch zum Bewußtsein, wenn man bedenkt, daß, wenn der alte Kaufvertrag nichtig ist, kein Verhältnis zwischen Käufer und Verkäufer bestehen bleibt, daß eine Anfechtung des Kaufes die Befugnis zum Wiederkauf zerstört. Kohler a. a. O. S. 297.

[2]) Vergl. Mot. I. S. 182/83.

[3]) Vergl. Hahn a. a. O. S. 49 ff.

[4]) Kohler a. a. O. S. 298.

lich zu dem Hauptvertrag gehört, insofern als er einen Einfluß auf dessen Bestimmungen hat.[1])

Da der Wiederkauf nach unserer Meinung ein Kaufvertrag ist, muß der Vorbehalt Bestimmungen über Ware und Preis enthalten, die einerseits geliefert, andererseits gezahlt werden sollen, wenn die Bedingung eintritt, d. h. die Wiederkaufserklärung abgegeben wird.

Nach der oben in der geschichtlichen Übersicht[2]) betonten praktischen Bedeutung des Wiederkaufes wird in der Regel eine andere Ware als die ursprünglich verkaufte und zwar nebst Zubehör,[3]) nicht in Betracht kommen, doch weist keine gesetzliche Bestimmung darauf hin, daß eine Gattungssache vom Wiederkaufe ausgeschlossen sein solle.

Für den Wiederkaufspreis, der mangels einer besonderen Vereinbarung gleich dem ursprünglichen Kaufpreis ist,[4]) gilt die Besonderheit, daß als solcher auch der Schätzungswert vereinbart werden kann. Diese Bestimmung des Gesetzbuches ist mit Rücksicht auf Veränderungen der Konjunktur getroffen und vollkommen gerechtfertigt.[5])

Ist der Schätzungswert vereinbart, so alteriert dies zugleich die sonstigen Pflichten der Parteien, für deren Abmessung zwar nicht die Tendenz gänzlicher Wiederbeseitigung des ersten Kaufvertrags herrscht, wohl aber das Bestreben, keinem Teile unbillige Einbußen aufzuzwingen oder solche Vorteile einzuräumen.[6]) Jene Pflichten bestehen naturgemäß hauptsächlich in der Haftung für Untergang und Verschlechterung, die aber durch die Vereinbarung

---

[1]) Hahn S. 59, Dernburg B. G.-B. II S. 299.

[2]) S. o. S. 1 f.

[3]) § 498 I B. G.-B.

[4]) § 497 II B. G.-B. Der Preis, zu welchem verkauft worden ist, ist nicht der scheinbar in der Verkaufsurkunde stipulierte Preis, sondern der wirklich bezahlte. Kuhlenbeck J. W. 1901 S. 389 ff. In dieser Bestimmung des § 497 I liegt keine Unbilligkeit, insoferne als der Wiederkäufer ja sein Recht nicht auszuüben braucht, falls der Wert der Sache ohne Verschulden des Wiederverkäufers wesentlich verringert ist. Der Wiederverkäufer andererseits ist bei Werterhöhungen durch § 500 B. G. B. vollkommen gedeckt.

[5]) Vergl. Weyl a. a. O. S. 417, auch bezüglich der folgenden.

[6]) S. S. 37.

des Schätzungswertes als Wiederkaufspreis wesentlich anders verteilt wird, wovon unten[1]) des näheren zu handeln ist.

Hinsichtlich der Festsetzung des Wiederkaufspreises kann auch bestimmt werden, daß sie durch einen Dritten erfolgen solle. (§ 317 B. G.-B.)

Daß bei Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehaltes, als dem Abschluß eines bedingten Vertrages, auch Nebenabreden getroffen werden können, ist analog dem Kaufvertrage anzunehmen.

Überhaupt ist das Ergebnis bei der Annahme eines bedingten Kaufvertrages befriedigender als bei den Theorien, welche den Abschluß des maßgebenden Vertrages erst in die Zeit der Wiederkaufserklärung legen. Während letztere Ansichten notgedrungen den Inhalt des Wiederkaufsrechtes dahin geben müssen, daß das Wiederkaufsrecht das Recht sei, durch einseitige Erklärung den Wiederkauf zustande zu bringen, daß vorher Ansprüche gegen den Wiederkaufsgegner nicht vorhanden,[2]) erscheint das Wiederkaufsrecht nach unserer Anschauung als ein bedingter Anspruch auf Leistung, es ist also bereits vor Abgabe der Wiederkaufserklärung ein Anspruch gegeben. Bei Annahme eines schon bestehenden Anspruchs aber sind die Bestimmungen der §§ 498 II, 499, 500 billig und erklärlich. Für die Annahme eines bedingten Anspruchs spricht ferner die vom Gesetzgeber vermutlich gewollte Ähnlichkeit des § 499 mit 160, 161 B. G.-B. aus der Bedingungslehre. Die Unterschiede, die sich bei einem Vergleich der genannten Gesetzesstellen ergeben, haben ihren Grund in der von allen Theorien zugegebenen, rein obligatorischen Wirkung des Wiederkaufsrechtes. Nur der Wiederverkäufer ist zum Schadenersatz verpflichtet, nur er ist gehalten, entgegenstehende Rechte Dritter zu beseitigen. Kenntnis des Dritten von dem Wiederkaufsrechte schadet jenem nur, wenn er aus Arglist den Wiederkauf vereiteln wollte; er ist jedoch auch unter diesen Umständen nicht zur Herausgabe der Sache an den Wiederkaufberechtigten verpflichtet, sondern es tritt lediglich eine Schadenersatzpflicht nach § 826 B. G.-B. ein. Das Abgehen des Gesetzgebers von der allgemeinen Vorschrift des § 161 B. G.-B., der später begründete Rechte dem bedingt Berechtigten gegenüber für

[1]) S. S. 28.

[2]) Vergl. Leske a. a. O. S. 211.

unwirksam erklärt,[1]) kann kaum gegen die Theorie des suspensiven Kaufes angeführt werden, wenn man berücksichtigt, daß der Gesetzgeber absichtlich dem Wiederkaufsrechte nur obligatorische Wirkung zwischen den ursprünglichen Parteien beilegen wollte. Die Motive[2]) führen als Begründung hierfür die Übereinstimmung mit dem preuß. A. L.-R., dem sächs. B. G., dem österr. G.-B. und verschiedenen Entwürfen an, es bestand auch keine Veranlassung, durch eigene Vorschriften wie beim Vorkauf eine Verdinglichung des Rechtes zu gestatten, da dies beim Wiederkauf die kommerzielle Bewegungsfreiheit des belasteten Objektes wesentlich beeinträchtigen und eine unverhältnismäßige Bindung des Eigentums hervorrufen würde.[3]) Denn im Falle des Verkaufes an den Dritten wäre der Wiederkaufsberechtigte vor Ablauf der Frist nicht gezwungen, seine Erklärung nach § 497 B. G.-B. abzugeben und könnte dann noch im Falle der Unwirksamkeit des bereits abgeschlossenen Kaufs den Verpflichteten hinziehen und ihm so manche günstige Verkaufsgelegenheit nehmen. Beim Vorkauf liegt es in der Natur des Rechtsinstituts, daß durch den Abschluß des Kaufvertrages mit dem Dritten unbedingt das Eigentum an der Verkaufssache wechseln muß, sei es nun zu Gunsten des Dritten oder des Vorkaufsberechtigten.[4])

§ 4. Möglichkeit der dinglichen Sicherung des Wiederkaufsrechtes.

Mit der Feststellung des rein obligatorischen Charakters des Wiederkaufsrechtes hängt eng die Frage zusammen, ob eine dingliche Sicherung dieses Rechtes möglich ist. Diese Frage wird auch

---

[1]) Allerdings mit der Einschränkung: „soweit sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen."

[2]) Mot. II S. 339 f.

[3]) Nach den Motiven Bd. III S. 452/453 glaubte man, dem Wiederkaufsrechte den dinglichen Charakter aus denselben Gründen versagen zu müssen, welche ein dingliches Vorkaufsrecht mit vorausbestimmbaren Preise verwerfen ließen. Als diese Gründe nennen die Motive: „Kulturschädliche Wirkung, Sperrung des Grundbuches, Gefährdung gutgläubiger Dritter, Minderung des Realkredits und die Möglichkeit, Wirkung gegen Dritte auf einem anderen Wege zu erreichen.

[4]) Vergl. Sintenis a. a. O. S. 647.

nahe gelegt durch die Motive selbst, da mit dem „anderen Weg“, von dem sie (Bd. III, S. 453) sprechen, nur die Möglichkeit einer Vormerkung gemeint sein kann.[1])

Die herrschende Meinung nimmt die Zulässigkeit einer Vormerkung an, allerdings mit der Modifikation, daß nicht das Wiederkaufsrecht vormerkbar sei, sondern nur ein bedingter, künftiger Rückauflassungsanspruch.[2])

Auch das Reichsgericht hat entgegen früheren Entscheidungen die Vormerkungsfähigkeit anerkannt und zwar mit der Begründung, analog dem Vorkaufe stehe einer grundbuchmäßigen Sicherung beim Wiederkauf der Umstand, daß der Berechtigte sein Recht noch nicht ausgeübt habe, nicht entgegen, da es keines neuen Vertrages bedürfe, um dem Wiederkaufsberechtigten den Anspruch auf Einräumung des Eigentums an der Sache zu verschaffen.[3])

Dieser Begründung ist unseres Ermessens beizupflichten.

Wenn man die Vormerkungsfähigkeit noch vom Gesichtspunkt der verschiedenen Theorien aus betrachtet, so zeigt sich, daß hier ein Unterschied nicht zu machen ist, da die Vormerkung sowohl zugunsten bedingter als auch zukünftiger Ansprüche zulässig ist (§ 883 B. G.-B.).[4]) Der Inhalt der Vormerkung ist die Sicherung des Rückauflassungsanspruchs.

Nach dem Wortlaut des § 883 B. G.-B. kann sich die Vormerkung jedenfalls nur auf Grundstücke oder auf Rechte an solchen beziehen, eine dingliche Wirkung bei Wiederkauf von Mobilien ist daher von vornherein ausgeschlossen.

---

[1]) S. Anm. 3 zur vorigen Seite.

[2]) Vergl. Endemann I S. 1012 Anm. 17. Biermann Widerspruch und Vormerkung S. 1033, Plank II Anm. 1 zu § 497, Leske a. a. O. S. 485; Reichel in Iherings Jahrb. Bd. 46, Seite 94 f.

Goldmann und Lilienthal a. a. O. S. 519 drücken dies folgendermaßen aus: „Die Sicherung nach § 883 geht nicht auf Sicherung des Wiederkaufsrechtes, sondern auf Sicherung des Anspruches auf Rückübertragung von Grundstücken für den Fall, daß der Berechtigte von dem Wiederkaufsrechte Gebrauch macht.“

[3]) Vergl. R. G. E. v. 12. Juli 06 (D. J.-Z. 07, S. 300), mit R. G.-E. vom 17. Okt. 1908 (Bd. 69 S. 251, J. W. 08, S. 717.) Näheres siehe beim Vorkauf S. 62.

[4]) Vergl. dagegen Leske a. a. O. S. 210 „Das Wiederkaufsrecht ist jedenfalls kein Anspruch.“

Gegen die Vormerkungszulässigkeit beim Wiederkaufsrechte wird hauptsächlich eingewendet, daß man gleicherweise eine Vormerkung beim obligatorischen Vorkaufe zulassen müßte.[1]) Dies würde aber das obligatorische Vorkaufsrecht dem dinglichen gleichstellen und so das letztere überflüssig machen, da das dingliche Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung habe. (§ 1098 B. G.-B.) Es mag hier genügen, wenn auf einige Besonderheiten des dinglichen Vorkaufs gegenüber dem persönlichen hingewiesen wird, die sich durch Vormerkung des persönlichen Vorkaufsrechtes keinesfalls erreichen lassen.

Dazu gehört vor allem, daß das dingliche Vorkaufsrecht als subjektiv-dingliches Recht vereinbart werden kann (1094 II B.G.-B.), dann daß das dingliche Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt werden kann (§ 1097 S. 2 B. G.-B.), daß ein eingetragenes, tatsächlich nicht mehr vorhandenes Vorkaufsrecht vermöge des öffentlichen Glaubens des Grundbuches an gutgläubige Dritte übertragen werden kann, ferner daß das dingliche Vorkaufsrecht unter der Herrschaft zwingender Rechtsnorm steht gegenüber den nachgiebigen Vorschriften über das persönliche Vorkaufsrecht.

Von dem Grundsatze, daß die Eintragung eines Wiederkaufsrechtes als solchen unzulässig ist, sind zwei Ausnahmen zu machen. So ist ein Wiederkaufsrecht noch eintragbar, wenn es unter dem früheren Rechte in gesetzlich zulässiger Weise begründet worden ist[2]) oder gemäß Artikel 62 E.-G. z. B. G.-B.[3]), wenn ein Rentengut Gegenstand des Wiederkaufsrechtes ist.

---

[1]) Vergl. Reichel a. a. O. S. 95 und Seckler a. a. O. S. 282.

[2]) Vergl. Entscheidung des Bayer. obersten Landesgerichts v. 3. Septbr. 1906, „Recht“ 06 S. 1199.

[3]) Nach Artikel 62 des E.-G. z. B. G.-B. steht es der Landesgesetzgebung frei, bei Rentengütern ein dingliches Wiederkaufsrecht einzuführen, wie solches durch Art. 29 §§ 1—11 des preußischen Ausführungsgesetzes eingeführt und geregelt ist. Dieses Wiederkaufsrecht paßt sich fast durchweg den Vorschriften der §§ 1094/I B. G. B. an, weist aber mit Rücksicht auf seine rein volkswirtschaftliche Bedeutung einige teils klarstellende, teils abweichende Bestimmungen auf, so über die Ausübungsbefugnis bei Verpflichtung zu sonstiger Übertragung im Gegensatz zu Verkauf, über das Zubehör, das in dem z. Z. der Ausübung bestehenden Umfang von dem Wiederkaufsrechte unbedingt ergriffen wird, über die Ausübungsfrist, die gegenüber §§ 510 II, 1098 B. G.-B. 3 Monate vom Eintritt des Verkaufsfalles beträgt, allerdings durch eine vertragsmäßige ersetzt werden kann. (Crusen-Müller a. a. O. S. 283 ff.)

§ 5. Übertragbarkeit und Vererblichkeit des Wiederkaufsrechtes. Mehrheit der Subjekte.

Wie im gemeinen Rechte so geht jetzt auch nach dem B. G.-B. die herrschende Meinung[1]) dahin, daß der durch den Wiederkaufsvorbehalt entstandene Anspruch vererblich (§ 1922 B. G.-B.) und übertragbar sei.[2]) Die Vererblichkeit des bedingten Rechtes war im Entwurf I § 132 ausdrücklich hervorgehoben, in der zweiten Lesung ist dies gestrichen, weil sich die Vererblichkeit der rechtsgeschäftlichen Anwartschaft von selbst verstehe.

Der Umstand, daß der durch Wiederkaufsvorbehalt begründete Anspruch ein bedingter ist, steht der Übertragbarkeit des Rechtes (anders als dies bei zukünftigen Forderungen der Fall ist) nicht entgegen,[3]) sodaß § 398 B. G.-B. auf das Wiederkaufsrecht anwendbar ist. Die Abtretung des Wiederkaufsrechtes ist demnach nur nach der Vorschrift des § 399 B. G.-B. unzulässig.[4])

Bemerkenswert ist noch der dem Wortlaut nach vollkommen mit § 513 übereinstimmende § 502 B. G.-B., der die Frage, ob das Wiederkaufsrecht teilbar ist, entscheidet. Durch die auch heute noch vertretene Theorie des Rücktritts wird ein Vergleich mit § 356 B. G.-B. aus den Vorschriften über den Rücktritt nahegelegt. Dabei fallen zwei Unterschiede auf, erstlich die ausdrückliche Bestimmung, daß das Rücktrittsrecht nur gegen alle Verpflichteten ausgeübt werden kann, zweitens daß das Erlöschen des Rücktrittsrechtes bei einem Berechtigten das Erlöschen auch bei den übrigen zur Folge hat, während beim Wiederkauf eine Bestimmung bezüglich der Verpflichteten fehlt und bei Wegfall eines Berechtigten die Berechtigung der übrigen fortbestehen bleibt.

---

[1]) Vergl. Plank II Anm. 3 z. § 497.

[2]) Vergl. Mot. II, 341. Durch Nichtcessibilität würde das Wiederkaufsrecht in vielen Fällen ungerechtfertigterweise den Gläubigern des Berechtigten als Gegenstand der Zwangsvollstreckung entzogen.

[3]) Vergl. Endemann I S. 380 Anm. 1 u. S. 1012 Anm. 17.

[4]) Daß ein Wiederkaufsrecht durch Vertrag im Sinne des § 328 B. G.-B. auch für eine andere Person als den ursprünglichen Verkäufer bestellt wird, ist zulässig, ebenso, daß auf diese Weise ein Wiederkaufsrecht für den Eigentümer eines Grundstücks begründet wird. Vergl. R. G.-E. v. 15. Juni 1908 in der D. J.-Z. 1908 S. 1172 f. Für die Offertentheorie kann nur immer der ursprüngliche Verkäufer als Wiederkäufer in Betracht kommen, da vor Annahme des Vertragsantrags ein Vertrag nicht vorliegt, weshalb § 328 B. G.-B. nicht zur Anwendung kommen kann.

Was den zweiten Punkt anlangt, so ist vorauszuschicken, daß der Rücktrit in engerem Zusammenhang mit dem Vertrag steht als der Wiederkaufsvorbehalt, der letztere leitet einen neuen Vertrag ein, vielmehr begründet er schon einen solchen.

Der § 356 S. 2 B. G.-B. läßt erkennen, daß seine Bestimmung zugunsten des Gegners des Rücktrittsberechtigen getroffen ist, der Wiederverkäufer genießt diesen Vorteil nicht. Die günstigere Stellung des Rücktrittsgegners erscheint aber gerechtfertigt mit Rücksicht darauf, daß er selten — wegen des kürzeren Zeitraums, innerhalb dessen in der Regel der Rücktrittsvorbehalt wirksam werden wird — einen Vorteil von dem Vertragsgegenstand hat, während der Wiederverkäufer, wenn er nicht schon bei Abschluß des ursprünglichen Kaufs sich für die Gefahr, die Sache zu verlieren, gedeckt hat, in der Zwischenzeit durch Ausnutzung des Kaufobjekts unter Umständen schadlos halten kann. Es soll durch die Bestimmung des § 356 B. G.-B. die Gefahr des Verlustes des Vertragsgegenstands für den Rücktrittsgegner vermindert werden. Auf Seite des Rücktrittsberechtigten wird hiedurch kein allzugroßer Nachteil hervorgerufen, da der Zeitraum bis zur Ausübung des Rücktrittsrechts, wie erwähnt, in der Regel kurz bemessen, infolgedessen der Wegfall eines Berechtigten selten sein wird. Für den Wiederkauf treffen diese Gesichtspunkte nicht zu.

Dem Wiederkäufer kann es ferner gleichgültig sein, wie viele der Berechtigten die Sache wiederkaufen; daß die Zahl der als Gesamtschuldner gemäß § 420 B. G.-B. für den Kaufpreis haftenden Personen vermindert wird, ist nicht von Bedeutung, da die Leistungen bei Ausübung des Wiederkaufs Zug um Zug zu erfüllen sind und der Wiederverkäufer, wie schon öfters betont, meist gar kein Interesse am Zustandekommen des Wiederkaufes hat.

Es ist noch der weitere Unterschied der §§ 356 und 502 B. G.-B. zu erörtern. Nach den Motiven[1]) ist allerdings eine Teilung der Verpflichtung des Käufers aus dem Vorbehalte des Wiederkaufs ebenso ausgeschlossen wie die Teilung des Ausübungsrechtes, d. h. das Wiederkaufsrecht kann nur gegen alle Verpflichteten ausgeübt werden. Das Gesetz selbst aber enthält weder beim Wiederkauf noch beim Vorkauf eine Bestimmung, die der Vorschrift des § 356 S. 1 B. G.-B. entsprechen würde. Mangels

[1]) Bd. II S. 341.

einer solchen Bestimmung wird man zu unterscheiden haben, ob die Erfüllung des Wiederkaufs teilbar ist oder nicht.

Bei denjenigen Theorien, welche einen Vertrag schon vor Abgabe der Ausübungserklärung als gegeben erachten, sind die Bestimmungen der §§ 420, 421, 431 B. G.-B. zur Anwendung zu bringen. Je nachdem der Gegenstand des Wiederkaufs teilbar ist oder nicht, ist danach eine Ausübung des Wiederkaufsrechtes gegenüber einem von mehreren Verpflichteten zulässig oder unzulässig.

Bei Unterlegung der Offertentheorie dagegen würde teilweise Annahme eines Vertragsantrags vorliegen, die gemäß § 150 II B. G.-B. nur als neuer Antrag unter Ablehnung des ersten in Betracht kommen könnte. Ein solcher ginge aber über die Grenzen der Wiederkaufsbefugnis hinaus.

§ 6. Entstehung und Endigung des Wiederkaufsrechtes.

Nach dem B. G.-B. kann das Wiederkaufsrecht nur durch Vereinbarung in einem Vertrage entstehen. Doch ist durch die Landesgesetze [1]) über das Zwangsenteignungsrecht dem Expropriierten ein Wiederkaufsrecht [2]), allerdings unter abweichenden Beschränkungen gewährt. Die Ausübung des Rechtes ist hier nicht schon dann möglich, wenn das abgetretene Grundstück wieder frei verfügbar wird, wie etwa bei Wechsel der Person des Unternehmers, sondern nur wenn das Unternehmen — wegen Rücknahme der Konzession, Insolvenz des Unternehmers — nicht zustande kommt [3]); das Recht selbst steht nur dem expropriierten Eigentümer oder dessen Erben zu und ist nur gegenüber dem Enteigner geltend zu machen.

Was die juristische Natur dieses Wiederkaufsrechtes anlangt, so nimmt die herrschende Lehre [3]) ein dem Enteignungsrecht völlig entsprechendes Recht an, d. h. ein Recht, das ebensowenig wie jenes

[1]) Siehe: Bayerisches Enteignungsgesetz vom 17. November 1837, Art. 12 Abs. IV; vergl. dagegen das preußische Gesetz vom 11. Juni 1874, welches in § 57 I das Wiederkaufsrecht des Enteigneten aufhebt, während es ihm in Abs. II und III daselbst ein Vorkaufsrecht einräumt.

[2]) Vergl. bezüglich des folgenden Örtmann, bayer. Landesprivatrecht S. 157 f.

[3]) Vergl. Henle B., a. a. O. Anm. 8a zu Art. XII und die dort angeführte Literatur.

auf einen privatrechtlichen Geschäftsakt gerichtet ist. Wenn man auch zugeben muß, daß die Annahme eines reinen „actus contrarius“ besonders mit Rücksicht auf die Bestimmung, daß im Falle der Abtretung die freigewordenen Grundstücke an einen Dritten das Wiederkaufsrecht nicht ausgeübt werden kann, nahe liegt, so muß man Örtmann doch darin beipflichten, daß von einem öffentlichen Zwecke keine Rede sein kann, daß für eine Mitwirkung der Verwaltungsbehörde weder nach Wortlaut noch Sinn des Gesetzes Raum oder Bedürfnis vorhanden, daß lediglich der Ausdruck „zurückerlangen“ gebraucht ist, und daß die charakteristischen Kennzeichen der Enteignung, öffentliche Nützlichkeit oder Notwendigkeit des Unternehmens fehlen.

Warum es sich wie Henle[1]) meint, in Abs. 4 des Art. XII des bayerischen Enteignungsgesetzes, um mehr als einen klagbaren Anspruch des Enteigneten handeln soll, ist nicht ersichtlich. Die Bestimmung des Abs. 4 ist lediglich im Interesse des Enteigneten gegeben, der seine Befugnis eventuell im Wege der Klage vor den Gerichten zur Geltung bringen kann; das Interesse des Enteigners zu schützen, bestand keine Veranlassung mit Rücksicht auf die bevorrechtigte Stellung desselben im Enteignungsfalle selbst.

Das Wiederkaufsrecht erlischt durch Erfüllung, Verzicht des Berechtigten, Untergang der Kaufsache oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe, durch Vereinigung von Recht und Pflicht in einer Person, durch Ablauf der in § 503 B. G.-B. bestimmten Fristen.

Bezüglich des Verzichtes eines der beteiligten Berechtigten ist zu § 502 B. G.-B. noch nachzutragen, daß ein Aufgeben des Anspruchs nur dann ein vollständiges Ausscheiden aus der Wiederkaufsbefugnis bewirkt, wenn auf jegliches Recht verzichtet wird. Ein Hinwegsetzen über den Willen eines der Berechtigten von Seiten der anderen ohne ausdrücklichen Verzicht des ersteren ist nach B. G.-B. nicht zulässig, nach gemeinem Rechte war dies nach der herrschenden Meinung möglich, unter der Bedingung, daß der Teil der Wiederkaufsberechtigten, der von seinem Recht Gebrauch macht, Sicherheit gegen die Ansprüche des übergegangenen Berechtigten gewährt[2]).

---

[1]) S. v. Henle a. a. O. Anm. 12 zu Art. XII.

[2]) Vergl. Dernburg Pandekten II S. 72.

Mangels einer Parteibestimmung treten für die Zeitdauer der Wiederkaufsberechtigung die Fristbestimmungen des § 503 B. G.-B. in Geltung, es sind dies lediglich ergänzende Vorschriften; der Lauf der Fristen, die einstimmig als Ausschlußfristen erachtet werden, beginnt mit der Vereinbarung des Vorbehalts. Die im Gegensatz zur Ausschlußfrist stehende Verjährung greift nicht Platz, da der nach unserer Anschauung bedingte Anspruch ihr nicht unterliegt, die Verjährung vielmehr erst mit Eintritt der Bedingung beginnt. Die Vorschriften über die Verjährung sind daher erst von der Abgabe der Wiederkaufserklärung an maßgebend.

§ 7. Die Wiederkaufserklärung.

In diesem Abschnitte müssen auch Besonderheiten des Wiederkaufs zur Sprache kommen, die eigentlich in den Abschnitt gehörten, der den Zustand vor Abgabe der Erklärung des Berechtigten behandelt, aber hieher zurückgestellt worden sind, weil sie wie der ganze Kaufvertrag erst durch die Abgabe dieser Erklärung wirksam werden.

Die Wiederkaufserklärung ist eine einseitige, ankunftsbedürftige Willenserklärung [1]). Sie unterliegt daher den Vorschriften der §§ 116 ff. B. G.-B. Die Erklärung ist, wie schon erläutert, formfrei [2]). Die einzige Bemerkung der Motive [2]) hierüber bezieht sich zweifellos auf die Form und läßt den berechtigten Rückschluß zu, daß, soweit eine Form für Rechtsgeschäfte sonst nach dem B. G.-B. vorgeschrieben, diese schon früher für das Wiederkaufsgeschäft anzuwenden ist, d. h. zurzeit der Vereinbarung des Vorbehaltes.

Der Vorbehalt bewirkt eine sofortige Gebundenheit, es sind Kaufsache und Kaufpreis im wesentlichen bestimmt [3]), es wäre daher auch dem Zweck, den die Formvorschriften z. B. bei Grundstückskäufen verfolgen, nämlich die Parteien durch den Zwang, den Willen klar und bestimmt niederzulegen, vor Übereilungen zu schützen, widersprechend, wollte man erst die Wiederkaufserklärung einer Formvorschrift unterwerfen.

---

[1]) Kohler a. a. O. S. 297.

[2]) Mot. II. S. 340. „Würde ein mehreres verlangt, so führte dies zu nutzlosen Weiterungen."

[3]) Vergl. Kohler a. a. O. S. 298.

Die von Endemann[1]) für die Formlosigkeit gegebene Erklärung stellt das ganze Verhältnis des Wiederkaufs als einen Urkauf mit auflösender Bedingung hin, eine Meinung, die sich allerdings eben so halten ließe, wie die Theorie des suspensiv bedingten Kaufes, wenn sie sich mit den vom Gesetzgeber gewählten Ausdrücken nicht so sehr in Widerspruch setzte. Endemann vertritt aber anderseits die Theorie des Vertragsantrags, dieser Antrag muß naturgemäß einen Vertrag zeitigen, und zwar einen neuen, von dem Urkauf verschiedenen. Endemanns Erklärung für die Formlosigkeit der Wiederkaufserklärung dürfte daher nicht von Bedeutung sein.

Über den vom Gesetzgeber gewählten Ausdruck „der Wiederkauf kommt zustande" ist oben[2]) schon gesprochen worden. Wer, wie Schollmeyer[3]), diesen Ausdruck rein wörtlich auffaßt, wird zu der Anschauung kommen, daß vor Abgabe der Erklärung ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht vorhanden ist. Dem wiederspricht aber die noch zu besprechende Haftung des ursprünglichen Käufers für Verschulden und Gefahr. Bei der Annahme, daß die Erklärung lediglich eine Bedingung darstelle, erklärt sich der Zwischenzustand bis zur Erklärung ganz zwanglos; denn nach dem geltenden Rechte ist vor Eintritt der Bedingung bereits ein Rechtsgeschäft vorhanden, es können also schon rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien entstehen, aber die Wirkungen werden erst ausgelöst mit Eintritt der Bedingung, eine Folgerung, die schon der Wortlaut des § 158 Abs. I B. G.-B.[4]) rechtfertigt.

§ 8. Verpflichtungen aus dem Wiederkauf. Wiederverkauf.

Außer den Essentialen eines Kaufes, Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an der Kaufsache und Zahlung des Kauf-

[1]) A. a. O. S. 1013 Anm. 18 „Daß die Erklärung gemäß § 497 Abs. 1 S 2 den Rückkauf formlos zustande bringt, entspricht der Auffassung, daß das Formgebot einer auf Veräußerung gerichteten Verpflichtung gilt, nicht aber der Aufhebung eines solchen Vertrages."

[2]) S. S. 10.

[3]) A. a. O. S. 39.

[4]) „Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung ein."

preises können unter Umständen noch andere Verpflichtungen auf beiden Seiten neben oder anstatt der genannten entstehen.

Neben der Zahlung des Kaufpreises kann auf Seiten des Wiederkäufers die Verpflichtung zum Ersatz von Verwendungen treten. Durch § 500 S. 1 wird diese Ersatzpflicht auf werterhöhende [1]) Verwendungen beschränkt, für die zur Erhaltung der Sache notwendigen Verwendungen ist danach ohne weiteres Ersatz nicht zu leisten, eine Folge der Pflicht des Käufers, die Sache ordnungsmäßig zu behandeln [2]). Der Berechtigte muß ferner die Wegnahme von Einrichtungen dulden, mit denen der Verpflichtete die herauszugebende Sache versehen hat [2]), natürlich unter den Einschränkungen des § 258 B. G.-B. Bezüglich des Zubehörs gilt die Bestimmung des § 498 Abs. I B. G.-B.; der Umfang dieser Nebenleistung bestimmt sich nach dem Zeitpunkte der Wiederkaufserklärung, der Ausübung des Wiederkaufsrechtes.

Sonstige Verpflichtungen entstehen in normalen Fällen nicht, so kann der Verpflichtete vor Eintritt der Bedingung gezogene Nutzungen behalten, weil er doch Eigentümer ist, andererseits braucht der Berechtigte keine Zinsen vom Kaufpreise zu zahlen, da der Verpflichtete den Genuß der Sache selbst hat.

Eine Folge der sofortigen Gebundenheit des Käufers ist aber die Haftung für Verschulden und Gefahr. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit, daß der Gegenstand des Wiederkaufes zurückgegeben werden muß, hat der Käufer die Sache ordnungsmäßig zu behandeln und bei Meidung des Schadensersatzes eine Verringerung des Wertes durch Mißwirtschaft zu verhüten, er hat dafür zu sorgen, daß er rechtlich in der Lage ist, dem Anspruch des Wiederkäufers zu entsprechen, er haftet daher, wenn er die Sache veräußert hat, und ihm die Möglichkeit gebricht, sie wiederzuerstatten.

---

[1]) Eine Bestimmung, bis zu welcher Grenze die Werterhöhung zu ersetzen, fehlt; es wäre unter Umständen möglich, durch eine für den Berechtigten unerschwingliche Werterhöhung den Wiederkauf zu hintertreiben. Doch wird ein solches Verhalten, abgesehen davon, daß es meist eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes mit sich bringen wird, in der Regel einen Verstoß gegen §§ 242 und 226 enthalten. Bezüglich der wesentlichen Veränderung s. u. S. 27. f.

[2]) Bezüglich des Folgenden vergl. Kohler a. a. O. S. 298. „Es liegt im Sinne des Rechtsverhältnisses, daß der Wiederverkäufer unterdessen die Sache in vollem Maße genießt und sie daher auch seinen Bedürfnissen anpassen kann."

Ebenso haftet er, wenn ihm die Sache durch Vollstreckungsmaßregeln entzogen wurde; er haftet hier, auch wenn ihn in dieser Beziehung keine Schuld trifft; denn den Mangel des Vermögens hat man stets zu vertreten. Er muß dafür aufkommen, durch Geldleistung hätte er die Vollstreckung vermeiden und sich den Gegenstand wahren können; daß er die Geldmittel nicht hatte, kommt nicht in Betracht [1]).

Die Frage, wer die Gefahr vor Übergabe der Kaufsache trägt, wird nach dem B. G.-B. von zwei Grundsätzen beherrscht:

1. Unverschuldete Unmöglichkeit der Leistung erzeugt keine Haftung.
2. Vorsatz und Fahrlässigkeit hat der Schuldner stets zu vertreten. (§ 323 ff. B. G.-B.)

Eine Übergabe im Sinne der Vorschriften über den Kauf wird in der Regel nach Eintritt der Bedingung, d. h. nach Abgabe der Wiederkaufserklärung erfolgen. Für den Zustand bis zur Erklärung wären demgemäß die oben angeführten allgemeinen Grundsätze auch auf den Wiederkauf anzuwenden.

Bezüglich der unverschuldeten Unmöglichkeit der Leistung ergibt sich eine Änderung der allgemeinen Vorschriften auch nicht im Falle des § 501 B. G. B., verschuldete Unmöglichkeit erzeugt Schadensersatzhaftung.

Welche Abweichungen sind nun durch die Besonderheiten des Wiederkaufsgeschäftes vom Gesetz getroffen und sind sie veranlaßt? Der verschuldeten Unmöglichkeit ist in § 498 Abs. II B. G.-B. eine wesentliche Änderung des Gegenstandes gleichgestellt. Bei unverschuldeter Verschlechterung tritt eine Minderung des Kaufpreises nicht ein [2]), ebenso nicht bei unwesentlicher Veränderung. Diese Bestimmungen finden ihre Berechtigung in der Eigenart des Wiederkaufs. In einer wesentlichen Veränderung liegt eine Verletzung der dem Verpflichteten obliegenden Bereitschaftspflicht, die Bestimmung bezüglich des Kaufpreises für den Fall der unverschuldeten Verschlechterung oder unwesentlichen Änderung erscheint billig, da sie dem Vorteil, den der Verpflichtete aus einer zufälligen Werterhöhung ziehen kann, entspricht. Für solche Werterhöhungen (z. B. Vergrößerung des herausgebenden Grundstücks

---

[1]) Kohler a. a. O. S. S. 298 und 83.

[2]) Entgegen § 459 B. G.-B.

durch Anschwemmung von Land) wird man dem Wiederkäufer Ersatzpflicht nicht aufbürden dürfen, sondern nur für Wertzuwachs, der mit Zutun des Verpflichteten und auf dessen Kosten, ob Geld oder Arbeit, entstanden ist.

Es wird auch keinem Zweifel unterliegen, daß bei unverschuldeter Verschlechterung der Verpflichtete nicht gehalten ist, die Sache wieder herzustellen [1]). Das Fehlen einer solchen Bestimmung wirkt wieder ausgleichend gegenüber der Willkür des Berechtigten hinsichtlich der Ausübungserklärung, ungerechtfertigte Bereicherung des Wiederverkäufers wird selten eintreten, da dieser, wenn möglich, um den Anspruch auf den Wiederkaufspreis nicht allzu ungewiß zu machen, selbst die Wiederherstellung der verschlechterten Sache betreiben wird.

Eine Besonderheit der Haftung des Wiederkaufsverpflichteten ergibt sich noch in dem Falle, in welchem als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist (§ 501 B. G.-B.) Dabei ist es zunächst fraglich, ob die genannte Gesetzesstelle eine absolute Unverantwortlichkeit des Verpflichteten bestimmen will. Einer bejahenden Auslegung [2]) möchte nicht beizupflichten sein, da gar kein Grund vorhanden ist, von dem Grundsatz des § 276 Abs. II [3]) B. G.-B. abzugehen. Außerdem könnte der Verpflichtete in jedem Falle, in dem als Wiederkaufspreis der Schätzungswert vereinbart ist, den Anspruch des Berechtigten vereiteln, wodurch eine Begünstigung der Schikane bei derartigen Geschäften geschaffen würde. Für unsere Anschauung spricht auch die Anwendung des § 498 Abs. II S. 1 B. G.-B., soweit er die Verantwortlichkeit des Wiederverkäufers wegen wesentlicher Veränderung betrifft, und des § 499 B. G.-B., welche beide vorsätzliche Handlungen betreffen, auf die Wiederkaufsvereinbarung zum Schätzungspreis [4]).

Die bisher aufgeführten Bestimmungen haben, ausgenommen die Erwähnung der „aus einem anderen Grunde" eingetretenen Unmöglichkeit der Herausgabe der §§ 498 und 501 B. G.-B. die

---

[1]) Vergl. § 498 B. G.-B.

[2]) Vergl. Oertmann N. 2a zu § 501 B. G.-B.

[3]) „Die Haftung wegen Vorsatz kann dem Schuldner nicht im Voraus erlassen werden."

[4]) Sie müßten sonst ausdrücklich ausgeschlossen sein. Plank II Anm. z. § 501.

objektive Unmöglichkeit der Leistung im Auge. Die Hauptfälle der subjektiven Unmöglichkeit werden in dem besonderen § 499 B. G.-B. behandelt, nämlich der bedingungslose Verkauf an einen Dritten oder eine solche Belastung des Kaufgegenstandes mit dem Rechte eines Dritten. Hat dagegen der Verpflichtete unter der Bedingung an den Dritten verkauft, daß der Wiederkäufer sein Recht nicht ausübe, so ist u. E. eine Verfügung im Sinne des § 499 B. G.-B. nicht gegeben, demnach § 498 l. c. einschlägig, wenn der Wiederkaufsberechtigte sein Recht geltend macht, der Dritte aber die Herausgabe aus irgend einem Grunde verweigert, ebenso als wenn dies von dem Mieter, Pächter, Entleiher des Wiederkaufsgegenstandes d. h. in den öfter denkbaren Anwendungsfällen des § 498 B. G.-B. geschieht. Die Bestimmung des § 499 B. G.-B. entspricht derjenigen des § 434 B. G.-B. Aus der Verpflichtung zur Beseitigung der Rechte ergibt sich unmittelbar eine Schadensersatzpflicht, ist die Unmöglichkeit zur Beseitigung auch unverschuldet, eben infolge der sofortigen Gebundenheit des Verpflichteten, die es ratsam macht, bis zur Erklärung des Berechtigten oder bis zum Ablaufe der Frist sich einer beeinträchtigenden Verfügung zu enthalten.

Nach Ausübung des Wiederkaufsrechtes tritt ein Zustand ein, der sich in nichts mehr von dem durch Abschluß eines gewöhnlichen Kaufvertrages geschaffenen unterscheidet, Sachmängel und Mängel im Rechte, Untergang der Kaufsache, oder sonstige Unmöglichkeit der Herausgabe sind von diesem Zeitpunkt an nach den Vorschriften der §§ 433 ff. B. G.-B. zu beurteilen.

Zum Schlusse bedarf auch noch der Wieder**verkauf** der Erwähnung. Das B. G.-B. behandelt ihn nicht, und zwar, weil wie die Motive[1]) sich ausdrücken, der Kauf unter Vorbehalt des Wiederverkaufsrechtes so selten sei, daß kein Anlaß dafür bestehe, ihn besonders hervorzuheben und weil er sich meist als Kauf unter Vorbehalt des Reurechtes darstelle. Ein sicher nicht seltenes, gegen diese Anschauung zeugendes Beispiel ist der Verkauf von Bier in Flaschen, bei welchem der Käufer die leeren Bierflaschen gegen Rückzahlung des als Pfand bestimmten Betrages zurück-

---

[1]) Mot. II S. 342.

zugeben berechtigt ist.[1] Es liegt sicher auch hier die Annahme eines Wiederverkaufes näher als der Vorbehalt des Reurechtes, insofern, als oft ein langer Zeitraum zwischen dem Kauf und der Rückgabe der Flaschen liegen kann und weil die Interessen der Beteiligten, entsprechend vertauscht, gleichartig denen des Wiederkaufs und nicht des Rücktritts sind. Beim Wiederkauf verkauft einer, weil er dazu gezwungen ist, er möchte seine Sache aber wieder haben, beim Wiederverkauf kauft einer, weil er muß, möchte aber die Sache, wenn ihr Zweck erfüllt ist, wieder loshaben. Entsprechend der immerhin in beiden Fällen vorhandenen Willkür auf der einen Seite müssen sich auch die Verpflichtungen regeln.

Wenn daher auch keine ausdrückliche Vorschrift für die analoge Anwendung der §§ 497 ff. B. G.-B. auf den Wiederverkauf im Gesetze enthalten ist, so wollen die Motive[2]) eine entsprechende Anwendung doch nicht ausschließen, man darf deshalb wohl gegebenen Falles die Vorschriften über den Wiederkauf analog zur Anwendung bringen.

Bei der folgenden Behandlung des Vorkaufsrechtes werden gewisse Ähnlichkeiten desselben mit dem Wiederkaufsrechte zutage treten, so z. B. daß beide Rechte den Erwerb einer Sache unter einer reinen Wollensbedingung bezwecken, auch werden wir die gleichen und ähnliche Ansichten über die juristische Natur der beiden Rechte finden. Im Grunde sind jedoch Wiederkauf und Vorkauf so verschiedene Rechtsinstitute — wofür vor allem die vollkommene Willkür des Berechtigten bei dem ersteren und die Abhängigkeit desselben vom Abschluß eines Kaufvertrages und dessen Bedingungen bei dem letzteren spricht — daß ein eingehender Vergleich nicht lohnend wäre.

Wir wollen daher sogleich in die Erörterungen über den Vorkauf eintreten; allenfallsige Berührungspunkte werden sich von selbst ergeben.

---

[1]) Vergl. Eck a. a. O. S. 465. Nach der heutigen Übung allerdings werden die Flaschen auf kurze Zeit unentgeltlich überlassen, sodaß ein einfaches Verhältnis der Leihe besteht.

[2]) Mot. II S. 342.

B. Vorkauf.

I. Geschichtlicher Überblick.

Während das Vorkommen des Wiederkaufsrechtes im römischen Rechte lebhaft bestritten ist, sind bezüglich des Vorkaufsrechtes zahlreiche Quellenstellen vorhanden, die beweisen, daß die Römer bereits ein solches gekannt haben, und zwar finden wir im römischen Rechte zumeist gesetzliche Vorkaufsrechte. An solchen führt Unterholzner[1]) an: Das Vorkaufsrecht der proximi consortesque — in einer Verordnung des Kaisers Valentinian II. allerdings wieder aufgehoben —, dann ein Vorkaufsrecht des Inhalts, daß bei dem öffentlichen Feilbieten des Vermögens eines Schuldners durch die Gläubiger den Verwandten des Schuldners ein Vorkaufsrecht zustehe,[2]) das auf einer Verordnung des Kaisers Valentinian I. beruhende Vorkaufsrecht der Staatskasse bei Verkauf von Metall aus Bergwerken[3]) und das Vorkaufsrecht des Herrn einer emphyteusis.[4])

Ein weiteres gesetzliches Vorkaufsrecht finden wir bei der in diem addictio, welche den Verkäufer zur Aufhebung des Kaufes berechtigt für den Fall, daß innerhalb einer bestimmten Zeit ein besseres Gebot erfolgt. In diesem Falle hat der Käufer ein Vorkaufsrecht, so daß er in das bessere Gebot eintreten kann.[5])

Ob den Römern auch ein vertragsmäßiges Vorkaufsrecht bekannt war, ist bestritten. Die Quellen geben hierüber keinen sicheren Aufschluß, das auf dem römischen Recht[6]) fußende Pandektenrecht kennt ein pactum protimisios in der Weise, daß der Verkäufer sich bei einem Kaufe ausbedingen kann, der Käufer

---

[1]) A. a. O. S. 227 f. Vergl. auch Bechmann, der Kauf II, Seite 266 f.

[2]) l. 16 Dig. de reb. auct. ind. possid. 42, 5; im Justinianischen Recht nach den Gläubigern.

[3]) l. 1 Cod. de metallariis et metallis 11, 7.

[4]) l. 3 Cod. de emphyteut. iure 4, 66.

[5]) Dernburg, Pandekten II, S. 261, § 95, l. 7, l. 8, Dig. 18, 2.

[6]) Vergl. l. 44, Dig. de solut. et liberat. 46, 3.

müsse, wenn er die Sache wieder verkaufen wolle, sie ihm zuerst anbieten, oder ihm doch von dem mit einem Dritten angebahnten Kaufe Kenntnis geben, damit er eintreten könne, ebenso die Möglichkeit, ein Vorkaufsrecht im Anschluß an andere Rechtsgeschäfte als einen Kauf zu vereinbaren.

Jedenfalls war den Römern ein dinglich wirkendes Vorkaufsrecht unbekannt.[1] Lediglich dingliche Wirkung dagegen finden wir bei einem Rechtsinstitut, das zur Zeit der Aufnahme des römischen Rechtes in Deutschland bereits vorhanden war, nämlich bei dem Retrakts- oder Näherrechte. Buchka[2]) bezeichnet dieses deutschrechtliche Retrakts- oder Näherrecht seiner Konstruktion nach im Gegensatz zum Vorkaufsrecht, mit dem es allerdings vielfach verbunden war, als dinglich wirkendes Recht gegen den dritten Erwerber, von dem der Berechtigte die Herausgabe der dem Retrakte unterliegenden Sache fordern kann gegen Erstattung der Aufwendungen, welche jener für den Erwerb der Sache gemacht hat. Gengler[3]) versteht unter dem Näherrecht, dessen Ausbildung er den italienischen Romanisten und der deutschen Praxis des 16ten Jahrhunderts zuschreibt, die einer Person oder Personenklasse zustehende Befugnis, von dem Käufer und jedem ihm nachfolgenden Erwerber einer Liegenschaft innerhalb eines bestimmten Zeitraumes die Abtretung derselben unter Übernahme der im ersten Kaufvertrag vereinbarten Preis- und sonstigen Bestimmungen oder gegen Barerstattung dieser Kaufsumme samt übrigen Auslagen an den Abtretenden verlangen zu dürfen.

Wenn wir diese Definitionen mit dem aus dem römischen Rechte angeführten Fällen des Vorkaufsrechtes vergleichen, werden wir als einschneidenden Unterschied[4]) finden, daß die Vorkaufsrechte, wie schon ihr Name sagt, lediglich eine Berechtigung gewähren, vor einem andern zu kaufen, während das Näherrecht die Existenz eines bereits mittels Tradition vollzogenen Kaufkontraktes voraussetzt, wie sich Gengler ausdrückt.

Die seit dem 16ten Jahrhundert in Deutschland zahlreich vorhandenen Näherrechte beruhten — von Gewohnheitsrechten ab-

---

[1]) v. Keller a. a. O. Seite 615.

[2]) A. a. O. S. 106.

[3]) A. a. O. S. 167 ff.

[4]) Vergl. Gerber-Cosack a. a. O. S. 311 Anm. 4.

gesehen — auf gesetzlicher Grundlage und hatten weit größere Bedeutung als das Vorkaufsrecht, doch zeigten sich bald Bestrebungen, sie als gesetzliche Beschränkungen des freien Verkehrs mehr und mehr zu beseitigen. In Bayern hob das Gesetz vom 10. November 1861 die gesetzlichen Näherrechte außer denen aus der Gemeinschaft auf, in Preußen das Gesetz vom 2. März 1850 alle gesetzlichen Vorkaufsrechte, Näherrechte und Retraktrechte an Immobilien mit Ausnahme des aus dem Eigentum zu ideellen Teilen entspringenden Retrakts und des Falles, in dem zwangsenteignete Grundstücke ganz oder teilweise wieder veräußert werden sollen.

Diesem Standpunkte der Gesetzgebung hat sich das B. G.-B. angeschlossen. Bei den Beratungen der Entwürfe zum B. G.-B. wurde das gesetzliche Vorkaufsrecht als schädlich befunden, es wurde daher in das System des bürgerlichen Rechts nach dem Muster des französischen lediglich ein gesetzliches Vorkaufsrecht der Miterben aufgenommen, im übrigen alle derartigen Rechte vorbehaltlich der Landesgesetzgebung [1]) beseitigt.

---

[1]) Art. 119 Ziff. 1 E.-G. zum B. G.-B. Danach konnten sowohl die bisherigen gesetzlichen Vorkaufsrechte des Bergrechts, wie sie in den Berggesetzen Preußens vom 11. Juni 1874, Bayerns vom 20. März 1869 bezw. 13. August 1910, Sachsens vom 16. Juni 1868, Württembergs vom 7. Oktober 1874 eingeräumt sind, aufrecht erhalten bleiben, als auch neue begründet werden, wie dies in Art. 1 des bayerischen Güterzertrümmerungsgesetzes vom 13. August 1910 geschehen ist. Dort ist für den Fall des Verkaufs geschlossen bewirtschafteter ländlicher Grundstücke an einen gewerbsmäßigen Güterhändler jeder Gemeinde, in deren Bezirk eines der Grundstücke liegt, ferner dem für eine solche Gemeinde bestehenden gemeinnützigen landwirtschaftlichen Darlehenskassenverein, sowie sonstigen von dem Staatsministerium des Innern bezeichneten juristischen Personen ein Vorkaufsrecht gewährt, das sich notwendig auf das Zubehör erstreckt. Dieses Recht ist demjenigen der §§ 1098 ff. B. G.-B. nachgebildet (vergl. besonders Art. 4 des Gesetzes vom 13. August 1910), zeigt jedoch einige aus seiner Eigenart folgende Abweichungen von diesem, wie bezüglich der Ausübungserklärung, die gegenüber dem Grundbuchbeamten abzugeben ist (Art. III 1. c.) und der Ausübungsfrist (Art. 3[1] vergl. oben bezüglich der Rentengüter Anmerk. 3 zu Seite 19). Das bayerische Berggesetz vom 20. März 1869 bezw. 13. August 1910 in der Neutextierung vom 1. September 1910 enthält in Art. 279 folgende Bestimmung: „Wird das Eigentum eines Bergwerkes, dessen Längenfeld von dem zweiten Felde eines andern Bergwerks umschlossen ist, nach dem sechsten Titel dieses Gesetzes (von der Aufhebung des Bergwerkeigen-

Auch über die Aufnahme eines vertragsmäßigen dinglichen Vorkaufsrechtes in das B. G.=B herrschte lebhafter Streit. Es ist keine Frage, daß derartige Rechte der grundsätzlichen Freiheit im Grundstücksverkehr entgegenstehen; doch wollte man sie nicht aus dem System ausschließen mit Rücksicht auf gewisse Zweige des wirtschaftlichen Lebens. Diese Begründung der Aufnahme geht aus den von den Motiven in Bd. III S. 448 aufgeführten Beispielen hervor. Der aus dieser Stelle zu ziehende Schluß, daß die wirtschaftliche Bedeutung des Vorkaufsrechtes hauptsächlich darin liege, daß es einen Ersatz für Erbpacht, Emphyteuse oder sonst vererbliche und veräußerliche Landleihe bilden solle, daß es ferner praktisch werde bei der Überlassung von Eigentum an ländliche oder industrielle Arbeiter, um einerseits einen angesessenen Arbeiterstand zu ermöglichen, andererseits dem ursprünglichen Grundeigentümer noch Einfluß zu wahren, ist allerdings nicht zutreffend, wie aus den nach Einführung des B. G.=B. gemachten Zusammenstellungen [1]) hervorgeht. So ist nach dem Jahre 1900 der erste Fall überhaupt noch nicht vorgekommen.[2]) Am häufigsten findet das Institut Anwendung bei langfristigen Miets= und Pachtverträgen, (so vielfach in der Provinz Sachsen) vor allem bei Mietsverträgen über Hôtels, Gastwirtschaften, Brauereien und andere für den gewerblichen Betrieb eingerichtete Grundstücke zugunsten des Mieters (wie in Schlesien, Ostpreußen, Braunschweig.) Andererseits lassen auch Brauereien, die Gastwirtschaften mit Grundstücken beleihen, auf diesen, Bergwerksbesitzer auf benachbarten Feldern, deren Abbau sie sich sichern wollen, Vorkaufsrechte eintragen. In Sachsen dient das Vorkaufsrecht zur Verhinderung des Übergangs von Grundstücken an Nichtfamilienangehörige, leistet somit die Dienste des alten Retrakts. Wir sehen also, daß die praktische Entwicklung des Vorkaufsrechtes auf einem anderen Gebiete liegt als man bei

---

tums bei Unterlassung der Inbetriebsetzung oder Fortsetzung des Betriebes durch den Bergwerkseigentümer) aufgehoben, so hat der Eigentümer des Bergwerks, welchen das Oberbergamt von der Aufhebung in Kenntnis zu setzen hat, ein binnen einem Monat nach dieser Bekanntmachung auszuübendes Vorzugsrecht auf die Vereinigung des Längenfeldes mit seinem gevierten Felde.“

[1]) Vergl. (auch bezüglich des folgenden) Archiv für bürgerliches Recht Bd. 32 S. 426 ff.

[2]) Dagegen in früherer Zeit vor allem in Brandenburg.

der Aufnahme des Instituts in das B. G.-B. vermutete. Jedenfalls aber hat das Vorkaufsrecht auch heute noch Bedeutung für das wirtschaftliche Leben und erscheint daher seine Aufnahme in das Gesetzbuch gerechtfertigt. Zu begrüßen ist dabei die Trennung des obligatorischen Vorkaufsrechtes, das seinen Platz im Abschnitte über die Schuldverhältnisse hat, von dem dinglichen Vorkaufsrechte, das dem Grundstücksrechte einverleibt wurde, entsprechend der von dem Gesetzgeber selbst gegebenen juristischen Konstruktion, die unten des näheren besprochen werden soll.[1] Durch diese Trennung ist eine Verwirrung beseitigt, die das preußische allgemeine Landrecht durch gemeinsame Behandlung des obligatorischen Vorkaufs und des Retrakts herbeigeführt hatte.

Entsprechend der Trennung des B. G.-B. soll auch im folgenden das Institut des Vorkaufs behandelt werden.

II. Das obligatorische Vorkaufsrecht.
(§§ 504—514 B. G.-B.)

§ 9. Rechtliche Natur des obligatorischen Vorkaufsrechtes.

Die juristische Konstruktion des Vorkaufsrechtes ist nicht minder schwierig und nicht weniger bestritten als die des Wiederkaufsrechtes und zwar finden wir hier im wesentlichen die gleichen Theorien wieder, so die Auffassung der Vorkaufsvereinbarung als Vorvertrag,[2] als Vertragsantrag,[3] als aufschiebend bedingten Kauf,[4] auch die Auffassung, daß es sich beim Vorkaufsrecht um eine einseitige Rechtshandlung des Vorkaufsberechtigten, um ein durch die Weiterveräußerung bedingtes Einlösungsrecht handele.[5,6]

Während wir bezüglich des „Für und Wider“ der genannten Theorien auf die bei der Behandlung der rechtlichen Natur des Wiederkaufs gegebenen Ausführungen mit Rücksicht auf die Ähn-

[1]) S. u. S. 60.

[2]) Dernburg, B. G.-B. II, 2 S. 109.

[3]) Plank II S. 414, Kuhlenbeck J. W 1901, 393.

[4]) Matthias, a. a. O. S. 292 mit 289. Örtmann R. d. Sch. S. 223.

[5]) Schollmeyer a. a. O. S. 42. Cosack a. a. O. S. 455.

[6]) Die Motive (II 347) führen außer den von ihnen beim Wiederkauf angeführten Theorien selbst noch die Auffassung des Vorkaufsrechtes als Offerte an.

lichkeit der beiden Rechtsinstitute in dieser Hinsicht Bezug nehmen können, bedarf eine durch die Eigenheit des Vorkaufsrechtes, nämlich den Zwischenvertrag mit dem Dritten, hervorgerufene Theorie der besonderen Erwähnung, auch bedarf es einer Verteidigung der von uns vertretenen Theorie des suspensiv bedingten Kaufes mit Rücksicht auf diese Besonderheit des Vorkaufsrechtes.

Die neu hinzugekommene Theorie geht auf Endemann zurück; dieser vertritt die Auffassung, daß die Vorbehaltsvereinbarung ein Vertragsantrag sei, dieser Vertragsantrag aber erst bindend werde, wenn zu dem bestellten Vorkaufsrechte die Vereinbarung des materiellen Inhaltes des Zwischenvertrages mit dem Dritten hinzutrete; dieser bindende Antrag werde sodann von dem Berechtigten angenommen.

Mit dieser Auffassung, der sich Simon[1]) angeschlossen hat, kommt man allerdings um den Einwand des langfristigen Antrags herum, doch kann man dadurch nicht entkräften, daß der Vorbehalt logischerweise von der anderen Seite ausgeht, zum mindesten von ihr ausgehen kann, daß dann ein Vertragsantrag des zukünftig Verpflichteten folgt, der wieder eine Erklärung des Gegners nötig macht. Diese Meinung müßte u. E. vor Zustandekommen des Kaufes mit dem Dritten mangels eines bindenden Antrags jede Berechtigung verneinen im Widerspruch mit dem Wortlaut des § 504 B. G.-B., kann aber unmöglich den Vorbehalt aus der Welt schaffen, der auch in das juristische Konstruktionsgebilde aufzunehmen ist, und kombiniert infolgedessen ein neues Rechtsgeschäft, das im übrigen dem B. G.-B. unbekannt ist. U. E. ist ein derartiger Ausweg keine juristische Konstruktion, deren Bestreben es sein muß, einzelne Sonderarten, so gut es geht, den allgemeinen vom Gesetz gegebenen Hauptarten der Rechtsgeschäfte bezw. Rechtsakte unterzuordnen.

Der Kaufvertrag mit dem Dritten bringt aber auch ein neues Moment in die Theorie des suspensiv bedingten Kaufvertrages gegenüber dem Wiederkauf. Das Vorhandensein eines solchen Kaufvertrages wird als Bedingung,[2]) von deren Erfüllung das Zustandekommen des Vorkaufes abhängt, angesehen, wie die von dem Berechtigten abzugebende Erklärung, daß er das Vorkaufsrecht ausübe.

---

[1]) A. a. O. S. 20.

[2]) Vergl. Crome a. a. O. S. 495.

Dieser Auffassung ist u. E. beizupflichten. Die Bedingungen sind jedoch nicht gleichartig, insofern als in dem mit dem dritten abgeschlossenen Kaufvertrage nicht eine „reine Wollensbedingung“ auf Seite des Verpflichteten liegt. Denn die Erfüllung dieser Bedingung hängt nicht allein davon ab, ob der Verpflichtete verkaufen will oder nicht, sondern vielmehr noch davon, ob er auch einen Käufer gefunden hat.

Man hat gegen den bedingten Kauf eingewendet, daß der ursprüngliche Vorkaufsvorbehalt jeden materiell-rechtlichen Inhalts dessen ein Vertrag bedarf, entbehre. Dies ist insofern nicht richtig als die Sache, die unter gewissen Voraussetzungen an den Berechtigten verkauft werden soll, bereits bestimmt ist. Bezüglich der nachträglichen Bestimmung des Kaufpreises ist darauf hinzuweisen, daß es zur Annahme eines Kaufvertrages genügt, daß der Kaufpreis, wenn nicht fest bestimmt, doch bestimmbar sei. Hinsichtlich der Bestimmbarkeit ergeben sich allerdings Bedenken, welche ein Hinweis auf § 453 B. G.-B. nicht entkräften kann, da es sich für diesen Fall um eine besondere Ausnahmevorschrift handelt.

Man wird aber die Annahme, daß Bestimmbarkeit des Kaufpreises beim Vorkaufsvertrag gegeben sei und genüge, unter Heranziehung des § 317 B. G.-B. halten können. Dort ist anerkannt, daß bei einem Vertrag die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen werden kann. Eine solche Bestimmung durch den Dritten kann u. E. in dem Angebot des dritten Käufers beim Vorkauf gefunden werden.

Für die Annahme eines bedingten Kaufes spricht wie beim Wiederkaufe, die Tatsache, daß vor der nach dem Gesetz formlosen Erklärung des Berechtigten bereits ein Geschäft vorhanden ist, bei dem, wenn nötig das Formerfordernis, z. B. des § 313 B. G.-B., begründet erscheint. Die Mehrheit der Kommission [1]) hat bei der Beratung des Entwurfes nämlich die Formlosigkeit der Erklärung des Berechtigten deswegen gebilligt, weil der Vertrag, durch welchen ein Vorkaufsrecht bestellt wird, schon der Form des § 351 des Entwurfes (jetzt 313 B. G.-B.) bedürfe.

Einen nicht sehr überzeugenden Grund gegen die Annahme eines suspensiv bedingten Kaufgeschäftes sucht Simon [2]) darin,

---

[1]) Vergl. Prot. II S. 99.

[2]) A. a. O. S. 22 f.

daß es zum Schlusse der oben erwähnten Beratungen heißt: „Zu dieser Auffassung“ — nämlich der Formfreiheit der Ausübungserklärung — „gelange man auch dann, wenn man in der Einräumung eines Vorkaufsrechtes ein bedingtes Kaufgeschäft erblicke.“ Er findet in dem „auch“ einen Beweis dafür, daß die Mehrheit einer der Annahme einer solchen Konstruktion entgegengesetzten Meinung zum mindesten Anerkennung gezollt hat. U. E. kann man dieses „auch“ mit demselben Rechte so auffassen, als ob sich die oben gebilligte Verteilung von Form und Formlosigkeit auch mit der annehmbaren, jedenfalls von vielen vertretenen Theorie des suspensiv bedingten Kaufs vereinbaren lasse.[1])

Simon[2]) führt weiter gegen den bei Annahme eines bedingten Rechtsgeschäftes schon vor Eintritt der Bedingung bestehenden Anspruch des Berechtigten an, daß der Gesetzgeber bei dem dinglichen Vorkaufsrechte ausdrücklich einen Anspruch erst „mit der Ausübung des Rechtes entstehen“[3]) läßt. Man muß zugeben, daß dieser Einwand Bedenken erregt. Man könnte zunächst wiederum wie bei dem Ausdruck: „Der Wiederkauf kommt zustande“ anführen, daß es sich vielleicht um eine Ungenauigkeit der Worte handle, daß besser die Wendung „wirksam werdender Anspruch“ gewählt worden wäre. Man kann auch entgegen halten, daß der Anspruch aus dem obligatorischen Vorkaufsrecht ein anderer ist als der aus dem dinglichen Vorkaufsrecht, da bei ersterem ein Anspruch lediglich darauf gewährt ist, daß der Verpflichtete an den Dritten nur unter Vorbehalt verkaufe, den Verkauf anzeige und bei Verkauf ohne Vorbehalt und Bestehen des Dritten auf dem Vertrage Schadenersatz leiste, während bei letzterem ein Anspruch des Berechtigten auf Eigentumsübertragung auch noch geltend zu machen ist, wenn der Vorkaufsgegenstand in das Eigentum des Dritten übergegangen ist.

Jedenfalls kann das oben begründete Formerfordernis nicht beseitigt werden. Dieses Erfordernis (z. B. bei Grundstücken § 313 B. G.-B.) setzt eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentumes voraus, ohne welche der von den Motiven für die Form des § 313

---

[1]) Weshalb sonst eine besondere Erwähnung!

[2]) A. a. O. S. 23.

[3]) § 1098 II B. G.-B. Dort ist dem (dinglichen) Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechtes entstehenden Anspruchs auf Eigentumsübertragung beigelegt.

angeführte Grund, vor Übereilung bei Liegenschaftsübertragungen zu schützen, nicht gegeben wäre. Die Verpflichtung auf der einen Seite erzeugt jedoch einen Anspruch auf der andern.

Gegen das Formerfordernis in dem Zeitpunkt des Vorbehalts könnte vielleicht noch eingewendet werden, daß ja der mit dem Dritten abgeschlossene Kaufvertrag dieser Form genügen müsse. Demgegenüber ist darauf hinzuweisen, daß der Kaufvertrag mit dem Dritten und derjenige mit dem Vorkaufsberechtigten vollkommen getrennte Rechtsgeschäfte sind, daß weitere Beziehungen wie die im Gesetze selbst angegebenen (§ 505 II B. G.-B.) nicht gegeben sind. Der Vorkäufer des B. G.-B. drängt den dritten Käufer nicht hinaus — so das gemeine Recht — der Berechtigte tritt nicht in den mit dem Dritten abgeschlossenen Vertrag ein, wofür Eck [1]) zutreffend anführt, daß im andern Falle der Verkäufer dem Dritten nicht haften würde.

Daß ein Anspruch schon von der Vorbehaltsvereinbarung an besteht, bringen auch die Motive zum Ausdruck; sie erklären ausdrücklich, daß das Vorkaufsrecht dem Berechtigten einen persönlichen Anspruch gegen den Verpflichteten darauf gewähre, daß dieser, falls er später den Gegenstand, in Beziehung auf welchen das Vorkaufsrecht besteht, verkaufen werde, dem Berechtigten als Käufer den Vorzug einräume, falls dieser in den Kauf eintreten wolle.

Der so bezeichnete Anspruch deckt sich allerdings nicht mit dem nach unserer Meinung von einer Bedingung abhängigen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an der Vorkaufssache, insbesondere widerspricht die Ausdrucksweise „in den Kauf eintreten“ dem Wesen des modernen Vorkaufsrechts. Immerhin geht aus der angeführten Stelle hervor, daß dem Vorkaufsberechtigten schon vor der Ausübungserklärung ein allerdings erst näher zu bestimmender Anspruch gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten eingeräumt werden wollte.

Auch für den Fall der Bestellung des Vorkaufsrechtes durch Vermächtnis bietet die von uns vertretene Anschauung ein befriedigendes Ergebnis, wenn man mit Enneccerus [3]) den Inhalt des Vermächtnisses dahin auffaßt, daß der Belastete wie ein Verkäufer

---

[1]) A. a. O. S. 467 Nr. 2.

[2]) Mot. II, 346.

[3]) A. a. O. S. 874.

verpflichtet sein soll, falls die Ausübung des Vorkaufsrechtes erfolgt.

Daß ein Vorkaufsrecht überhaupt durch eine Verfügung von Todeswegen begründet werden kann, ist nicht unbestritten.[1]) Über die Begründung des Vorkaufsrechts enthält das B. G.-B. nichts. Die Berechtigung und die Verpflichtung aus dem Vorkaufe sind aber, abgesehen von den auf das Vorliegen der reinen Wollensbedingungen zurückzuführenden Eigenheiten nicht in dem Maße von anderen Rechtsbeziehungen verschieden, daß sie nicht auch von einem Dritten angeordnet, d. h. durch Vermächtnis bestimmt werden könnten.

Als besondere Konstruktionsversuche sind noch die Laue'sche[2]) Ermächtigungstheorie und die von Lewandowsky[3]) vertretene Gestaltungsrechtstheorie anzuführen. Ersterer faßt den durch die Erklärung des Vorkaufsberechtigten entstehenden Kauf als einen auf Grund des § 181 B. G.-B. zustandegekommenen Selbstkontrahierungsvertrag auf, in der Weise, daß der Vorkäufer einerseis bevollmächtigt ist, für den Verpflichteten eine Willensäußerung sich selbst gegenüber abzugeben und durch die Vorkaufserklärung anzunehmen.

Ganz abgesehen davon, daß diese Theorie vor den andern den Vorwurf des Künstlichen nicht zurückweisen kann, führt sie zu einer Gesetzwidrigkeit. Denn nach § 181 B. G.-B. ist ein derartiges Selbstkontrahieren nur erlaubt, wenn es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt. Wenn man jedoch den Vertragsschluß erst in die Zeit der einseitigen Erklärung verlegt, wo soll da vorher eine Verbindlichkeit entstehen? Vielmehr schließt der Vorkäufer erst namens des Verpflichteten mit sich selbst einen nach § 181 B. G.-B. unzulässigen Vertrag.

Außerdem handelt es sich bei einer Vollmacht meist um das Interesse des Vollmachtgebers, das Vorkaufsrecht wird jedoch im Interesse des Berechtigten eingeräumt.[4]) Lewandowsky[5]) meint im Gegensatz zu Laue, wenn von einem Vertragsschlusse auch nicht

---

[1]) Vergl. Achilles-Greif a. a. O. Vorb. zu § 504 ff, Planck S. 413, 414.

[2]) A. a. O. S. 24 ff.

[3]) A. a. O. S. 580 ff. Eine ähnliche Richtung hat Landsberg a. a. O. S. 439, indem er das Vorkaufsrecht als „Könnrecht" bezeichnet.

[4]) Lewandowsky a. a. O. S. 581.

[5]) A. a. O. S. 581 ff.

die Rede sein könne, so lägen doch die Wirkungen eines Vertrages vor, diese Wirkungen würden ausgelöst durch die einseitige Erklärung des Berechtigten als Vertreters des Verpflichteten. Aus der näheren Erläuterung: „Mit Abgabe der Erklärung kommt ein Schuldverhältnis zustande, das inhaltlich völlig dem eines Vertrages entspricht und den Vertretenen, ohne daß er gehandelt hat, in gleicher Weise verpflichtet als ob er aktiv an dem Zustandekommen mitgewirkt habe," geht hervor, daß Lewandowsky selbst trotz der Bekämpfung des Laue'schen Standpunktes von der Theorie des Selbstkontrahierens nicht ganz loskommen kann, in dem er sie analog als Grundlage der Vertragswirkungen benützt und das Recht des Verkäufers als Neuheit mit dem Ausdrucke „Gestaltungsrecht" zu erklären sucht.

Die von Lewandowsky[1]) angeführten Beispiele für Gestaltungsrechte, wie Anfechtungsrecht, Aufrechnungsrecht, Rücktrittsrecht, beruhen auf gesetzlicher Grundlage, das letztere kann auch auf Vertrag beruhen. Auch das Vorkaufsrecht muß folgerichtig ein Gesetz oder einen Vertrag als Basis haben. Da die gesetzliche Grundlage hier ausscheiden dürfte, müßte als Basis des Vorkaufsrechts ein Vertrag angenommen werden, der den Vorkaufsverpflichteten vor Ausübung des Gestaltungsrechts durch den Berechtigten dazu zwingt, im Falle des Verkaufs dem letzteren Anzeige zu erstatten und sich den Vorkauf hindernder Bestimmungen zu enthalten; gewissermaßen ein Vorvertrag; als Hauptvertrag würde dann die einseitige Erklärung des Berechtigten mit Vertragswirkungen folgen. Die Verpflichtungen sind sonach auf verschiedene Rechtsgeschäfte verteilt, ein Mangel der gegen diese wie gegen die von Endemann vertretene Theorie spricht. Die von Lewandowsky aus Zitelmanns Internationalem Privatrecht[2]) entnommene Definition, daß das Gestaltungsrecht ein Recht sei, das eine Rechtslage schaffe, bei welcher durch konkrete Tatsachen gerade für eine einzelne Person im Unterschied gegen andere eine besondere Möglichkeit erwachsen ist, eine bestimmte Wirkung herbeizuführen, und zwar eine Wirkung, an der sie ein Interesse hat, kann ebenfalls für unsere Ansicht verwertet werden. Denn wenn solche Rechte auf obligatorischem Vertrag beruhen, bedeuten sie wohl nichts anderes als Rechte aus

[1]) A. a. O. S. 587.

[2]) Bd. II S. 44.

einem obligatorischen Verhältnisse, abhängig von einer reinen Wollensbedingung.

Indirekt hat auch das Reichsgericht zur Frage nach der rechtlichen Konstruktion des Vorkaufes Stellung genommen, wie später [1]) bei den Ausführungen über die Form des Vorbehaltes zu Tage treten wird.

§ 10. Form und Inhalt des Vorkaufsvorbehalts.

Der nach unserer Anschauung vorliegende Vertrag hat zum Inhalt, daß sich jemand verpflichtet, an einen andern eine Sache zu verkaufen unter folgenden Bedingungen:

1. daß jener die Sache an einen Dritten verkauft, (nicht etwa verschenkt),
2. daß der andere bei Eintritt der ersten Bedingung erklärt, sein Kaufrecht ausüben zu wollen.

Dagegen verpflichtet sich der so Berechtigte, die Bestimmungen des Kaufvertrages mit dem Dritten auch für den mit ihm bedingt abgeschlossenen Kauf anzuerkennen, d. h. im wesentlichen nichts anderes als den mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreis zu zahlen, falls er auf die Kaufsache Anspruch erhebe. Es enthält sohin der Vorbehaltsvertrag, wenn auch keine Festsetzung, doch eine Bestimmung über den Kaufpreis, was genügend erscheint, wenn man § 453 B. G.-B. zum Vergleiche heranzieht. Die Bestimmung über den Schätzungswert beim Wiederkaufe ist nichts anderes.

Der Vorbehaltsvertrag kann sogar unmittelbare Bestimmungen über den Preis enthalten, es ist zulässig, zu vereinbaren, daß der Berechtigte einen geringeren Preis zahlen soll, als mit dem Dritten vereinbart wurde, wie vermöge der dispositiven Natur des § 505 Abs. II B. G.-B.[2]) der Vertrag über Einräumung des Vorkaufsrechtes auch sonst noch andere Kaufbedingungen enthalten kann als der Kaufvertrag mit dem Dritten.[3])

---

[1]) S. u. S. 44 ff.

[2]) Laband (z. 2. Buch des Entw. eines B. G.-B. im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 74) wendet sich mit Recht gegen diesen Absatz: „Die apodiktische Anordnung, daß der Kaufvertrag des Vorkaufsberechtigten unter den in dem Kaufvertrag mit dem Dritten enthaltenen Bestimmungen zum Abschluß kommt, kann das Mißverständnis hervorrufen, als sei die Verabredung anderer Bedingungen für die Ausübung des Vorkaufsrechtes insbesondere eines Rabatts oder Preiszuschlages, einer Kreditfrist unstatthaft."

[3]) Vergl. Seuff. Arch. Bd. 56 S. 126, Meißner a. a. O. Anm. z. § 505.

Gleichgültig für die Wirksamkeit der Vereinbarung und der Ausübung[1]) des Vorkaufsrechtes ist, wie gleich hier erwähnt werden soll, das Motiv des Vorkäufers, ob sie nur erfolgt, um dem Verpflichteten den Besitz des Gegenstandes zu erhalten[2]) oder nur um Dritte von der Sache fernzuhalten. Sehr häufig kommt der letztere Fall vor, z. B. wenn ein Brauereibesitzer eine Wirtschaft mit Vorbehalt des Vorkaufs verkauft und dieses Recht nur geltend macht, wenn es gilt, die Konkurrenz fernzuhalten; hier will der Berechtigte sich keine Erwerbsgelegenheit verschaffen, sondern nur im Notfall die Sache übernehmen.

In solchem Falle kann nach Ansicht Leonhards[3]) auch die Anwendung des § 506 B. G.-B. durch Abrede bei der Vereinbarung oder später zwischen den Beteiligten ausgeschlossen werden. Zweifellos ist auch § 506 lediglich eine dispositive Vorschrift und sind seine Bestimmungen mehr zugunsten des Berechtigten, wie aus dem Wortlaut „gegenüber dem Berechtigten unwirksam" hervorgeht, und auch zugunsten des Verpflichteten gegeben, als um den Dritten zu treffen. Zugunsten des Verpflichteten deshalb, weil eine Schadensersatzpflicht seinerseits gegenüber dem Dritten vermieden wird.[4])

Die durch die Bestimmung des § 506 geschützten Vorkaufsberechtigten könnten an sich auf ihre Einhaltung verzichten, wenn man die Annahme des dispositiven Charakters der Vorschriften über den obligatorischen Verkauf auch auf § 506 erstreckt, die Zulassung eines Verzichts muß aber bedenklich erscheinen, wenn man erwägt, daß dadurch der Verpflichtete jederzeit in die Lage gesetzt wäre, das Vorkaufsrecht zu vereiteln, was für den Berechtigten von Bedeutung sein kann, wenn er ein Interesse daran hat, die Vorkaufssache in seine Hände zu bringen, besonders sie wieder zu erlangen, nicht so allerdings, wenn das Vorkaufsrecht lediglich den Zweck verfolgt, Dritte von der Sache fernzuhalten, da der Verpflichtete selbst sie im Falle des Nichtzustandekommens oder der

---

[1]) Einen besonderen Unterschied zwischen Vorbehalt und Ausübung wie bei den entsprechenden Rechtsakten des Wiederkaufs zu machen, ist nicht erforderlich, da eine Haftung des Verpflichteten für den Vorkaufsgegenstand (wegen Verschlechterung, Untergang) vor Ausübung des Rechtes hier nicht eintreten kann.

[2]) Seuff. Arch. Bd. 59 S. 354.

[3]) A. a. O. Anm. 1 zu S. 467.

[4]) Vergl. Neumann a. a. O. Note 1 zu § 506.

Rückgängigmachung des Kaufes behält. Da die Fälle ersterer Art nicht selten sind, (Vergl. oben Einleitung S. 3) dürfte eine Ausschließung des Vorkaufsrechts durch Verzicht auf die Beschränkung des § 506 als nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechend erscheinen, weshalb der Ansicht Leonhard's nicht beizupflichten ist. § 506 B. G.-B. ist also nicht dispositive Vorschrift.

Wie oben schon angedeutet, ist die Form des Vorkaufsvorbehaltes Gegenstand des lebhaftesten Streites bis in die jüngste Zeit. Auch das Reichsgericht hat sich häufig mit der Frage, ob der das Vorkaufsrecht begründende Vertrag bei Grundstücken der Form des § 313 bedürfe, zu befassen gehabt und ist zu den wechselndsten Resultaten gekommen. Es kommt dabei, wie beim Wiederkaufe, darauf an, welcher Theorie über die rechtliche Natur des Rechtsinstituts man sich anschließt; entsprechend wird man zu verschiedenen Resultaten gelangen. Hierauf soll hier nicht näher eingegangen werden, sondern es soll lediglich wieder als Hauptstützpunkt für die Anschauung, die eine Form verlangt, das Argument aus der Formbefreiung der Erklärung des Berechtigten hervorgehoben werden, im übrigen wollen wir unsere Meinung an der Hand der neuesten Reichsgerichtserscheinungen verteidigen.

Entgegen früheren Entscheidungen [1]) und der herrschenden Meinung [2]) hat das Reichsgericht durch Entscheidung des 5. Zivilsenats [3]) sich in eingehender Begründung gegen den Formenzwang ausgesprochen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der Strafsenat des hanseatischen Oberlandesgerichts mit Urteil vom 27. März 1907 in einer Stempelstrafsache, in dem er mit seiner Begründung diejenige des 5. Zivilsenats bekämpft. Die dort enthaltenen Ausführungen [4]) sind u. E. sehr treffend und sollen daher wörtlich angeführt werden; es heißt dort:

---

[1]) R. G.-E. Bd. 59, S. 132.

[2]) Plank II S. 413 Vorbem., v. Cretschmar a. a. O. Anm. zu § 504, Landsberg a. a. O, S. 439, Eck a. a. O. S. 467, Örtmann II, Anm. 2a, 8 zu 313, Oberneck a. a. O. S. 591, Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 3 zu S. 522, dagegen Endemann a. a. O. Anm. 28, S. 1014, Kuhlenbeck J. W. 01, 391.

[3]) R. G. E. Bd. 60, S. 225.

[4]) Abgedruckt im Recht 07, Sp. 754, 755.

„Wenn es auch richtig ist, daß bei Einräumung eines Vorkaufsrechtes der Eigentümer juristisch freie Hand behält, ob er verkaufen will oder nicht, wenn es ferner auch richtig sein mag, daß die Vereinbarung eines Vorkaufsrechts weder ein bedingter, noch überhaupt schon ein Kaufvertrag zu heißen verdient, so hört sie darum doch nicht auf, ein Vertrag zu sein, in welchem der eine Teil Verbindlichkeiten, wenn auch nur bedingte, eingeht. Es ist wohl unbestreitbar, daß, wer einen solchen Vertrag schließt, schon dadurch sich rechtlich bindet, und wenn auch die Verpflichtung, das Eigentum zu übertragen, erst zur Entstehung gelangen sollte, wenn der Verpflichtete sich zu einem Verkauf entschließt, so liegt es doch nicht anders als in den rechtlich durchaus möglichen Fällen wo jemand einen Gegenstand unter einer in seine freie Entschließung gestellte Bedingung verkauft oder überhaupt unter einer solchen Bedingung eine Leistung verspricht, z. B. die Zahlung einer Summe Geldes für den Fall, daß er sich entschließen sollte, einen Vertrag nicht zu erfüllen.

Wenn in dem Urteil des Reichsgerichtes die Frage darauf abgestellt wird, ob schon aus dem Vorkaufsvertrag die Verpflichtung, das Eigentum zu übertragen, erwächst, oder wie es an einer späteren Stelle lautet, ob dieser Vertrag allein jene Verpflichtung begründet, so ist dies mißdeutig. Auch beim bedingten Verkauf folgt aus dem Vertrag allein noch nicht die Verpflichtung zur Leistung und doch dürfte unstreitbar der bedingte Verkauf eines Grundstückes dem § 313 B. G.-B. unterliegen.

Entschließt sich aber nach dem Abschluß eines Vorkaufsvertrages der Eigentümer zu verkaufen, dann entsteht die Verbindlichkeit, dem Verkäufer den Gegenstand zu liefern, und zwar gewiß auch infolge des zweiten Vertrages, aber doch nicht nur infolge dieses Vertrages, vielmehr hat die Haftung des Verkäufers dem Berechtigten gegenüber ihren Rechtsgrund nicht in diesem zweiten, sondern ausschließlich in dem ersten Vertrage.

Das Reichsgericht kann nicht umhin, das selbst anzuerkennen, wenn es anführt, die einzige Verpflichtung, die der Verpflichtete durch den Vorkaufsvertrag übernimmt, bestehe darin, daß er ihm (dem Berechtigten) das Eigentum an dem gekauften Gegenstand verschaffen müsse. — Sollte ferner die ratio legis beim § 313 wirklich darin liegen, daß die Eigentümer und Erwerber von Grund-

stücken vor Leichtsinn und Übereilung geschützt werden, so kann für den Eigentümer eines Grundstücks auch schon die Einräumung eines Vorkaufsrechtes eine bedenkliche, die Verwertbarkeit des Grundstückes schon beeinträchtigende Maßregel sein und ganz allein betrachtet wäre schon deshalb ein Schutz hier am Platze.

Betrachtet man ferner, daß die Formvorschrift den Nutzen stiftet, den Beweis zu erleichtern, und die Rechtslage außer Zweifel zu stellen, so wird man einer Auslegung des Gesetzes mit Mißtrauen begegnen, in deren Konsequenz es läge, daß der Eigentümer eines Grundstücks, der verkauft hat, also zu einer Zeit, wo er nicht einmal mehr freie Hand hat, mit der Behauptung überzogen werden könnte, er habe in einer gelegentlichen Unterhaltung ganz formlos ein Vorkaufsrecht bindend eingeräumt."

Jene Entscheidung des Reichsgerichts bekämpft auch Meyer [1]), indem er kurz den Vorkaufsvertrag (Vorbehaltsvertrag) als wesentlichen Bestandteil des definitiven Vertrages bezeichnet, als solcher bedürfe er auch der Form des § 313 B. G.-B.

Mit dem definitiven Vertrag ist vermutlich derjenige gemeint, der zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verpflichteten endgültig geschlossen wird. Die angeführte Begründung ist nicht überzeugend, da sie nichts anderes ist als eine Umschreibung der Vorvertragstheorie. Ein Vertrag, der dazu verpflichtet, einen Eigentumsübertragungsvertrag zu schließen, ist nicht demjenigen gleichzustellen, der selbst zur Eigentumsübertragung verpflichtet (§ 313 S. 1 B. G.-B.) Der Ausdruck „wesentlicher Bestandteil" bedurfte einer näheren Erklärung.

Das Reichsgericht hat den so bekämpften Standpunkt nicht lange festgehalten. In der Entscheidung vom 5. November 1907 [2]) hat es die Behauptung aufgestellt, daß, selbst wenn man in dem Zustandekommen des Kaufes durch die Erklärung des Berechtigten die Entstehung eines neuen Rechtsverhältnisses erblicke, die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung für den Vorkaufspflichtigen ausschließlich in dem Vorkaufsvertrage liege, der § 313 B. G.-B. finde daher auf den Vorkaufsvertrag Anwendung.

---

[1]) In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1906. S. 186.
[2]) R. G.-E. Band 67 S. 43.

Die gleiche Anschauung vertritt die Entscheidung der vereinigten Zivilsenate vom 24. Januar 1910.[1]) Dort wird die Begründung eines (formbedürftigen) Anspruchs infolge der Vorkaufsvereinbarung zunächst dadurch dargetan, daß in negativer Weise die Bedeutung des § 505 Abs. II B. G.-B. auseinandergesetzt wird. Das Gesetz sage nicht, daß vor Abgabe der Vorkaufserklärung überhaupt noch kein bindender Vertrag bestehe. Die Vorschrift des § 505 II habe nur den Zweck klarzustellen, daß ein Kauf mit kaufrechtlichen Wirkungen — insbesondere der Gewährleistungspflicht — nicht vor der Erklärungsabgabe vorhanden sei, es sollte aber nicht der Zeitpunkt bestimmt werden, in dem die vertragliche Bindung überhaupt eintrete.

Das Urteil führt weiter aus: Mit dem Eintritt der Bedingung, daß ein Kaufvertrag mit einem Dritten über den Vorkaufsgegenstand abgeschlossen sein müsse, erhalte der Vorkäufer nur den einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums; nur auf diese Leistung könne geklagt werden und sie müsse daher auch den Gegenstand der Verpflichtung bilden. Damit sei das Erfordernis der notarischen oder gerichtlichen Beurkundung aus § 313 B. G.-B. gegeben. Das Gesetz unterscheide dabei nicht zwischen bedingten und unbedingten Geschäften.

Aus der Auffassung des Vorkaufsrechtes als bedingten Anspruches auf Eigentumsübertragung folgt wie beim Wiederkaufsrechte [2]) die Zulässigkeit der Sicherungsvormerkung des § 883 B. G.-B. für das Vorkaufsrecht. Bezüglich des Hauptgrundes, daß man durch ein vormerkungsfähiges obligatorisches Vorkaufsrecht die Vorschriften über das dingliche Vorkaufsrecht entbehrlich mache, kann auf die oben [2]) aufgeführten Unterschiede zwischen dem ersteren trotz Vormerkbarkeit und dem Vorkaufsrecht der §§ 1094 ff Bezug genommen werden.

§ 11. Die beiden Bedingungen, deren Erfüllung das Vorkaufsrecht wirksam werden läßt.

a) Der Kaufvertrag mit dem Dritten.

Der Eintritt der Bedingung des Kaufvertrages mit dem Dritten ist erst dann gegeben, wenn ein Vertrag bereits wirksam

[1]) R. G. E. Bd. 72 S. 385 ff.

[2]) Vergl. die Ausführungen S. 19.

abgeschlossen ist, d. h. erst dann ist der Berechtigte zur Abgabe einer Erkärung veranlaßt, falls er sein Recht geltend machen will, nicht schon dann, wenn lediglich Vorbesprechungen stattgefunden haben, oder ein Angebot von Seite des Dritten erfolgt ist.[1]) Das B. G.-B. stellt sich hiemit auf den Standpunkt des Berechtigten, insofern er sich nur zu erklären braucht, wenn bereits feste Verkaufsbedingungen gegeben sind, andererseits aber folgt daraus für den Verpflichteten lediglich eine Anzeigpflicht bezüglich des vollendeten Vertragsabschlusses mit dem Dritten und ist ihm die Anbietungspflicht der früheren Näherrechte erlassen.

Dadurch daß das B. G.-B. ausdrücklich den Kaufvertrag als Voraussetzung des Vorkaufsrechtes nennt, schließen Schenkung[2]) und andere Arten der Eigentumsübertragung die Ausübung desselben aus.[3]) Bei Tausch erscheint die Zulässigkeit der Ausübung des Vorkaufsrechtes zweifelhaft. Mit Rücksicht auf § 515 B. G.-B. könnte man die Zulässigkeit allenfalls rechtfertigen, eine Ansicht, die auch von Kohler[4]) vertreten wird. Dem aber steht entgegen, daß die in § 515 gebotene Anwendung der Kaufvorschriften auf den Tausch nur eine entsprechende sein soll, auch dürften Fälle in denen der Berechtigte die beim Tausch gegebene individuelle Leistung des Dritten zu bewirken, imstande ist, äußerst selten sein und aus § 507 B. G.-B. läßt sich folgern, daß eine Wertsersatzleistung nur bezüglich individueller Nebenleistungen gestattet ist. — Das Vorkaufsrecht ist auch ausgeschlossen bei einem Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt (§ 511 B. G.-B.), falls nicht eine gegenteilige Abmachung aus dem Vorkaufsvorbehaltsvertrag zu ersehen ist. Die

---

[1]) Vergl. Matthias a. a. O. S. 291. Es ist erforderlich, daß der Dritte bereits gebunden ist. Fordert aber der Verpflichtete noch vor Abschluß eines rechtsverbindlichen Kaufvertrages zur Erklärung auf und geht der Vorkaufsberechtigte hierauf ein, so übt diese seine Erklärung volle Wirksamkeit aus. Vergl. hiezu: Recht 08, 2. Beil. S. 84.

[2]) Auch die verkleidete Schenkung, weil das verdeckte Rechtsgeschäft maßgebend ist (§ 117 Abs. II B. G.-B.; vergl. Kohler a. a. O. S. 300).

[3]) Nach gemeinem Rechte konnte ein gleiches Vorrecht wie das Vorkaufsrecht vertragsweise oder letztwillig auch bezüglich anderer Verträge z. B. der Vermietung einer Sache, mit analogen Wirkungen begründet werden, die Motive Bd. II S. 348) gestatten das gleiche.

[4]) A. a. O. S. 300.

Motive [1]) lassen aus der Bemerkung: „vorausgesetzt, daß der Vertrag überhaupt als Kauf anzusehen ist“, im Zusammenhalte mit der ausdrücklich aufgenommenen Ausnahme des § 511 B. G.-B. erkennen, daß der sog. Kindskauf als richtiger Kauf zu erachten ist. Derartige Käufe werden jedoch immer unter so individuellen Bedingungen abgeschlossen [2]), daß es dem Vorkaufsberechtigten in den seltensten Fällen möglich wäre, die Pflichten des Dritten aus dem Kaufvertrage zu erfüllen, andererseits hat der Berechtigte, der sich ein Vorkaufsrecht hat einräumen lassen, wenigstens für den Fall, daß es ihm darauf ankommt, dritte Personen, die ihm nicht genehm sind, von der Vorkaufssache fernzuhalten, dem Erben gegenüber dazu seltener Veranlassung.

Aus dem Grunde, weil ein Kaufvertrag vorliegt, muß man sich auch der Ansicht Plancks [3]) anschließen, daß das Vorkaufsrecht in diesem Falle durch Abschluß des Kindskaufes untergeht und nicht weiter besteht. Zu dem gleichen Ergebnis kommt man u. E. nicht, wenn man, wie Planck [4]) dies allerdings selbst tut, den Kindskauf als antizipierte Erbfolge bezeichnet. Denn der Eintritt eines Erbfalls auf Seite des Verpflichteten hat auf den Bestand des Vorkaufsrechtes keinen Einfluß [5]). Biermann [6]) zieht diese letztere Konsequenz aus der Annahme einer antizipierten Erbfolge.

Eine bestrittene Frage ist ferner die, ob als Kaufvertrag im Sinne des § 504 B. G.-B. ein bedingter Kaufvertrag genüge. Müller [7]) hält dafür, aus praktischen Erwägungen müsse man bei dem mit dem Dritten unter einer Bedingung abgeschlossenen Kaufvertrag das Vorkaufsrecht nicht sofort, sondern nur im Falle des Eintritts der Bedingung nachträglich zur Ausübung gelangen lassen, eine Anschauung, der der Wortlaut des Gesetzes nicht entgegensteht. Ein im Sinne des § 504 B. G.-B. abgeschlossener

---

1) Mot. II. 349.

2) Vergl. Kohler a. a. O. S. 300 „Der Kindskauf hat keinen Verkehrszweck.“

3) A. a. O. II S. 419.

4) A. a. O. II S. 419.

5) S. unten S. 58.

6) A. a. O. Anm. 1 zu § 1097.

7) Vergl. bezgl. des folgenden Württemberg. Rechtspflege-Zeitung 1908 S. 626 ff.

Kaufvertrag, welcher den Vorkaufsberechtigten zur Erklärung innerhalb bestimmter Frist verpflichtet, liege erst dann vor, wenn der Kaufvertrag wirksam sei, d. h. wenn die Bedingung wirklich eingetreten sei; falle die Bedingung aus, so liege ein wirksam abgeschlossener Kaufvertrag überhaupt nicht vor und der Berechtigte könne sich daher noch beim nächsten Kaufvertrag erklären.

Was zunächst die Auslegung des Gesetzestextes betrifft, so spricht dieser u. E. gegen die eben zitierte Anschauung; denn in § 504 heißt es ausdrücklich, daß das Vorkaufsrecht ausgeübt werden kann, sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag über den Gegenstand geschlossen hat. Es ist also der Abschluß des Vertrages maßgebend; zweifelhaft könnte es sein, wenn wie in § 497 B. G.-B. von einem Zustandekommen[1]) eines Vertrages die Rede wäre, was immerhin noch als ein „Wirksamwerden" im Sinne Müllers sich auslegen ließe.

Abgesehen hievon setzt sich Müller in Widerspruch zur herrschenden Bedingungslehre, die das Vorhandensein eines Rechtsgeschäftes schon vor Eintritt der Bedingung annimmt (vergl. Mot. I. 252) und ist auch gar kein Grund vorhanden, die Erklärungsmöglichkeit bis zum Eintritt der Bedingung zurückzudrängen.

Daß die Vereinbarung von Bedingungen und Rücktritt in dem Vertrage mit dem Dritten im allgemeinen gegen den Berechtigten wirksam ist im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechtes, geht schon aus der Ausnahme des § 506 B. G.-B. hervor[2]). Dies könnte jedoch nicht der Fall sein, wenn der Berechtigte nicht schon vor Eintritt der mit dem Dritten vereinbarten Bedingung die Ausübungserklärung abzugeben berechtigt wäre. Er gibt aber in einem solchen Falle seine Erklärung auch nur bedingt ab, so daß sein Ausübungsrecht bei Ausfall der Bedingung als nicht verbraucht erscheint.

Was Müller mit seiner Auffassung vermeiden will, ist, daß durch lediglichen Abschluß eines Kaufvertrages das Vorkaufsrecht des Berechtigten schon erschöpft ist, eine Folge, die beim obligatorischen Vorkaufsrecht eintritt, da dieses nur für einen Verkaufsfall bestellt werden kann. Er muß aber ebenso konstruieren

[1]) Vergl. oben S. 10.

[2]) Vergl. Plank II. z. § 506.

wie wir, nämlich, daß ein solcher Fall nur eingetreten ist, wenn ein wirksamer Kaufvertrag zwischen Vorbehalt und Erklärung liegt. Ein solcher ist im Falle der aufschiebenden Bedingung erst nach deren Eintritt gegeben. Sicherlich muß das Erklärungsrecht im Falle eines auflösend bedingten Kaufvertrages zugebilligt werden — Müller übersieht den Unterschied zwischen aufschiebender und auflösender Bedingung [1] —, denn sonst hätte es der Vorkaufsverpflichtete in der Hand, durch Bedingungen, die sich erst nach langer Zeit erfüllen können, die Absicht des Berechtigten z. B. Dritte von der Sache fernzuhalten, zu vereiteln. Hat der Vorkaufsberechtigte aber einmal von seinem Rechte Gebrauch gemacht, so lebt dieses, da ja ein Fall des Vorkaufes bei auflösender Bedingung wirklich eingetreten ist, bei Eintritt der Bedingung nicht wieder auf, der ursprünglich Berechtigte kann sich also nur durch Neubestellung eines Vorkaufsrechtes helfen.

Ein den Vorkaufsberechtigten zur Erklärung berechtigender Kaufvertrag liegt auch dann vor, wenn nur ein Teil der Vorkaufsbelasteten Sache, z. B. eines Grundstückes, vom Verpflichteten verkauft wird; es wäre sonst ein leichtes für den Verpflichteten, durch sukzessiven Teilverkauf das Vorkaufsrecht überhaupt zu vereiteln [2]). Das Vorkaufsrecht kann ausgeübt werden sowohl bei Verkauf eines ideellen als auch eines realen Teiles [3]).

Als Kaufvertrag im Sinne des § 504 B. G.-B. ist es nicht zu erachten, wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt [4]). Diese Bestimmung hat, wie auch die Motive [5]) hervorheben, zwei Folgen. Einmal findet das Vorkaufsrecht, wenn der ihm unterliegende Gegenstand im Wege der Exekution veräußert wird, keine Berücksichtigung, d. h. der Gegenstand ist so zu veräußern, als wenn das Recht nicht bestünde, was unter Umständen seinen Wert erhöht.

---

[1]) Kiefe in der Württemb. Rechtspfl.-Zeitung 1909 S. 27 ff.

[2]) Mot. II. 346. Durch Beilegung des Rechtes, dem Verpflichteten den Teilverkauf zu verbieten, erhielte andererseits das Vorkaufsrecht eine nicht in seinem Wesen liegende und durch kein praktisches Bedürfnis gebotene Erweiterung, den Charakter eines Veräußerungsverbotes.

[3]) Vergl. Schollmeyer a. a. O. Anm. 1 zu S. 43.

[4]) § 512 im Gegensatz zu § 499 B. G.-B.

[5]) Mot. II, 350.

Dann ist aber auch die Frage, ob sich der Berechtigte wegen des Fortfalles des Vorrechtes an den Verpflichteten halten kann, zugunsten des letzteren entschieden, eine Frage, deren Beantwortung von der Auffassung der Stellung des Schuldners im Zwangsverkaufe abhängt. Der Entwurf hat die Verkäufereigenschaft des Schuldners im Zwangsverkauf verneint und somit auch dem Vorkaufsrecht die obligatorische Wirkung abgesprochen und zwar weil „insoweit das Vorkaufsrecht nicht gerade eine besondere Begünstigung verdient und es ungemein hart sein würde, wenn der Schuldner noch dem Berechtigten haftbar sein sollte.“[1])

Die Vorschrift des § 512 B. G.-B. gilt nicht für den Fall der Zwangsversteigerung eines Grundstücks zum Zwecke der Aufhebung einer Gemeinschaft[2]).

Von dem mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrage hat der Verpflichtete dem Berechtigten unverzüglich d. h. ohne schuldhaftes Zögern[3]) Mitteilung zu machen. Diese Mitteilungspflicht ist Vertragspflicht[4]). Die Mitteilung muß inhaltlich vollständig sein und die Person des Dritten angeben, da von ihr hauptsächlich und meistens die Ausübung des Vorkaufsrechtes abhängen wird. Macht der Verpflichtete keine Mitteilung oder in vorschriftswidriger Weise, so hat er den dadurch entstehenden Schaden nach § 249 ff.

---

[1]) Mot. II, 350.

[2]) Mot. II, 350, Plank II, Anm. 1 zu § 512.

[3]) § 121 Abs. 1 B. G.-B.

[4]) Matthias a. a. O. S. 292 Die Mitteilungspflicht ist sogar eine der Hauptpflichten, die derjenige, welcher das Vorkaufsrecht einräumt, durch die Vereinbarung des Vorbehalts übernimmt, und wesentlicher Bestandteil des Vorbehaltsvertrages, d. h. notwendiges Erfordernis, um überhaupt eine Vorkaufsvereinbarung annehmen zu können. In folgendem Fall z. B. ist das wesentliche Erfordernis der Mitteilungspflicht nicht gegeben: In einem Mietvertrage ist dem Mieter ein Vorkaufsrecht zu einem bestimmten Kaufpreise mit der Bestimmung eingeräumt, daß der Mieter sich nach vorangegangener Anfrage innerhalb einer kurz bemessenen Frist entscheiden müsse; in diesem Fall soll nicht der mit einem Dritten geschaffene Kaufabschluß der Tatbestand sein, kraft dessen erst das Vorkaufsrecht in Wirksamkeit tritt, sondern es soll dem Mieter nur die Vorhand eingeräumt werden, für den Fall, daß der Vermieter an einen Dritten verkaufen wolle oder verkauft habe. Der Berechtigte hat dabei keinen Anspruch, daß ihm von dem andern Teile der Inhalt eines mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrages gemäß § 510 mitgeteilt werde. Vergl. hiezu: Recht 07 S. 827.

(eventuell § 254) B. G.-B. zu ersetzen. Voraussetzung der Geltendmachung des Vorkaufsrechtes ist die Mitteilung nicht, sondern der Berechtigte kann sein Recht ausüben, sobald der Kaufvertrag mit dem Dritten geschlossen ist, er kann andererseits aber warten, bis ihm vom Verpflichteten Mitteilung zugeht.

Anders ist dies, wenn der Dritte Mitteilung von dem Abschluß des Vertrages macht. Dann ist die Mitteilung des Verpflichteten ohne Bedeutung, der Berechtigte kann sich im Gegenteil nicht darauf berufen, vom Verpflichteten keine Mitteilung erhalten zu haben [1]).

b) Die Vorkaufserklärung.

Ist der Kaufvertrag mit dem Dritten geschlossen und hat der Berechtigte, sei es aus eigener Erfahrung oder durch Mitteilung Kenntnis davon erhalten, so ist der Zeitpunkt für Erfüllung der zweiten Bedingung gekommen, der Vorkaufsberechtigte kann erklären, daß er sein Vorrecht ausüben wolle oder nicht, er muß sich erklären innerhalb einer bestimmten Frist, wenn er sein Recht nicht verlieren will. Die Setzung derartiger Ausschlußfristen, wie sie der § 510 Abs. II B. G.-B. enthält, entspringt wie bei dem Wiederkaufsrechte dem Gedanken, die Verkehrsfreiheit eines Gutes nicht zu sehr zu beeinträchtigen, und ist hier umsomehr gerechtfertigt, als schon ein bestimmter Dritter vorhanden ist, der, wenigstens soweit ihm unter Vorbehalt der Ausübung des Vorkaufsberechtigten verkauft ist [2]), Interesse daran hat, möglichst bald Gewißheit über die Ausübung oder Nichtausübung des seinem Eigentumserwerb entgegenstehenden Rechtes zu erlangen. Aus diesem Grunde ist auch seine Mitteilung vom Vertragsschluß der des Verpflichteten hinsichtlich der Wirkung gleichgestellt.

An Stelle der vom Gesetz vorgesehenen Frist von einer Woche bei beweglichen Sachen und zwei Monaten bei Grundstücken kann eine durch Vereinbarung oder letztwillige Verfügung

---

[1]) § 510 S. 2 B. G.-B.

[2]) Bei vorbehaltloser Übereignung hat der Dritte nur im Falle des dinglichen Vorkaufsrechtes ein Interesse (§ 1098 II), da er bei dem rein obligatorischen Charakter des Vorkaufsrechtes der §§ 504 ff. zur Herausgabe des mit dem Vorkaufsrechte belasteten Gegenstandes nicht gezwungen werden kann. (§ 499).

festgesetzte Frist entsprechend den Vorschriften des Wiederkaufes treten [1]) [2]).

Außer im Falle der Versäumnis der Ausschlußfrist, die nur durch Mitteilung vom Vertragsschluß in Lauf gesetzt wird [3]), ist der Vorkäufer auch nicht imstande, sein Recht auszuüben trotz Vorliegens der ersten Bedingung, des Vorhandenseins eines Kaufvertrages mit einem Dritten, wenn er die von dem Dritten im Kaufvertrage übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen nicht und zwar in keiner Weise imstande ist. Diese Verpflichtungen muß er übernehmen; denn mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat. Hat demnach der Dritte sich zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Berechtigte zu bewirken außer Stande ist, so wäre an und für sich die Ausübung des Vorkaufsrechtes ausgeschlossen, doch ist es dem Vorkaufsberechtigten gestattet, im Falle der Unmöglichkeit statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten, der Verpflichtete muß sich das gefallen lassen [4]). Voraussetzung für den Wertsersatz ist, daß die Nebenleistung in Geld schätzbar ist, maßgebend ist der Wert zurzeit der Erfüllung, wie die von der zweiten Kommission sachlich nicht beanstandete Vorschrift des I. Entwurfes lautete. Ist die Nebenleistung nicht in Geld schätzbar, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechtes ausgeschlossen und zwar erlischt das Vorkaufsrecht, ohne daß ein Ersatzanspruch des Berechtigten entsteht [5]). Vor schikanöser Vereitelung des Vorkaufsrechtes durch Vereinbarung derartiger Nebenleistungen, soll die letzte Bestimmung des § 507 B. G.-B. schützen, nämlich, daß die Vereinbarung der Nebenleistung nicht in Betracht komme, wenn der Vertrag mit dem Dritten auch ohne sie geschlossen sein würde. Ob diese Bestimmung den gewünschten Er-

---

[1]) Vergl. Mot. II 351. „Die Präklusivfristen sind so bemessen, daß sie für Regelfälle dem Berechtigten genügen werden, für außerordentliche Verhältnisse kann bei der Begründung des Rechtes durch Bestimmung einer geräumigeren Frist gesorgt werden."

[2]) Unterläßt der Verpflichtete die Anzeige von dem Verkaufe, so greift die gewöhnliche Verjährung des Anspruchs des Berechtigten Platz.

[3]) Vergl. Anm. 1 der gleichen Seite.

[4]) § 507 B. G.-B.

[5]) Planck II, Anm. z. § 507 S. 476.

folg hat, ist zu bezweifeln, da nach den allgemeinen Regeln der Vorkaufsberechtigte zu beweisen hat, daß der Kaufvertrag auch ohne Vereinbarung der Nebenleistung geschlossen worden wäre[1]). Jedoch würde es andererseits zu weit gehen, die Vereinbarung von Nebenleistungen der Wirkung des § 506 B. G.-B. zu unterwerfen und so auch die Verkaufsfreiheit des Verpflichteten einzuschränken. Dies würde dem Wesen des Vorkaufsrechtes widersprechen, das nur ein Personenvorrecht hinsichtlich einer bestimmten Sache bezwecken will[2]).

Was den Umfang des Vorkaufsrechtes betrifft, so ist hier die Rechtslage dem Verpflichteten günstiger als dem Berechtigten; denn einerseits kann der Berechtigte nicht verlangen, daß das Vorkaufsrecht auf Sachen erstreckt werde, die ihm nicht unterliegen[3]), andererseits kann aber der Verpflichtete verlangen, daß der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt werde, die nicht ohne Nachteil für ihn von der Vorkaufssache getrennt werden können. Um nun im Falle eines Verkaufes der Vorkaufsache mit anderen Gegenständen zusammen für einen Gesamtpreis den Berechtigten mit seinem Vorrechte nicht auszuschließen, hat das B. G.-B. in Entscheidung einer früheren Streitfrage mit Rücksicht auf die ziemliche Häufigkeit des Falles des Gesamtverkaufes dem Berechtigten gestattet, gegen Entrichtung eines verhältnismäßigen Teils des Gesamtpreises[4]) sein Vorkaufsrecht auszuüben, aber unter Vorbehalt der eben genannten, zu Gunsten des Verpflichteten aufgestellten Grundsätze.

Abgesehen von der oben[5]) bereits erwähnten Möglichkeit von Abweichungen des Kaufvertrages zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem von demjenigen mit dem Dritten, die vertragsmäßig vereinbart werden können sowohl vor als nach Abschluß des letzteren Vertrages, hat das Gesetz selbst eine Ausnahme von der Regel des § 505 Abs. II geschaffen, insoferne als es dem Berechtigten Anspruch auf die dem Dritten gewährte Stundung des

---

[1]) Planck II, Anm. z. § 507.

[2]) Die Ersetzbarkeit der Nebenleistungen ist Frage richterlichen Ermessens.

[3]) Matthias a. a. O. S. 291.

[4]) Bezüglich der Berechnung vergl. Planck II, S. 417.

[5]) S. oben S. 42.

Kaufpreises nicht schlechthin gewährt, sondern nur nach vorheriger Sicherheitsleistung (§ 509 I B. G.-B.).

Entgegen den Motiven [1]) hat man diese Bestimmung mit Recht aufgenommen. Denn einmal hängt die Stundung des Kaufpreises mit der höchstpersönlichen Kreditwürdigkeit des Käufers zusammen,[2]) und dann würde in Sonderheit bei Grundstücksverkäufen auf dem Lande der Verpflichtete mangels kapitalkräftiger Käufer in unbilliger Weise geschädigt. Bezüglich der Grundstücke ist übrigens die Sicherheitsgewährung erleichtert, insofern als es genügt, daß für den gestundeten Kaufpreis die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstück vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek besteht, übernommen wird.[2])

§ 12. Wirkung des ausgeübten Vorkaufsrechtes.

Die Wirkung des Vorkaufsrechtes ist wie die des Wiederkaufsrechtes rein obligatorisch, wie sich aus den Motiven Bd. II, S. 344 und 345, die nur von einem obligatorischen Vorkaufsrechte sprechen, entnehmen läßt.[3]) Gegen den Dritten, der die Herausgabe des bereits übertragenen Eigentums verweigert, besteht also kein Anspruch; insbesondere verpflichtet den Dritten seine Kenntnis von dem Vorkaufsrecht allein weder zur Herausgabe noch zum Schadensersatze.[4]) Doch wird durch den Abschluß des dinglichen Vertrages zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten der persönliche Anspruch des Berechtigten gegen den Verpflichteten auf Erfüllung, also auf Übereignung des Gegenstandes, noch nicht ausgeschlossen,[5]) im Gegenteil, er ist zunächst allein vorhanden, und erst wenn der Verpflichtete, sei es mangels eines Vorbehalts gegenüber dem Dritten, sei es, weil er den Dritten nachträglich nicht zur Herausgabe veranlassen kann, außer Stande ist, die Leistung zu bewirken, tritt seine Verpflichtung zur Leistung

---

[1]) Mot. II. 347.

[2]) Eck a. a. O. Anm. 1 z. S. 468.

[3]) Vergl. Weyl a. a. O. S. 467.

[4]) Mot. II 347.

[5]) Vergl. Matthias a. a. O. S. 292 „der Verpflichtete hat die Verbindlichkeiten eines Verkäufers zu erfüllen, auch wenn die Vorkaufssache dem Dritten schon übereignet ist.“

des Interesses wegen Nichterfüllung ein.[1]) Hievon sind wieder zwei Ausnahmen zu machen: Eine Schadensersatzpflicht des Verpflichteten tritt nicht ein, wenn das Vorkaufsrecht, obwohl ein Fall des Verkaufs vorliegt, durch Gesetz ausgeschlossen ist. Es ist dies der Fall des § 507 II B. G.-B., in welchem eine Nebenleistung des Dritten nicht in Geld geschätzt werden kann, und der des § 512 l. c., in welchem der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung oder durch den Konkursverwalter erfolgt.

Um sich gegen vorbehaltlose Übereignung an Dritte zu schützen, kann der Berechtigte eine von dem Verpflichteten zu zahlende, eventuell auch hypothekarisch sicherzustellende Konventionalstrafe mit diesem vereinbaren.[2])

§ 13. Übertragbarkeit, Vererblichkeit, Verzichtbarkeit des Vorkaufsrechtes.

In Anlehnung an die frühere Gesetzgebung und mit Rücksicht auf die Erfahrung des Verkehrs, daß das Vorkaufsrecht nur persönlichen Interessen der Berechtigten zu dienen bestimmt ist, hat das B. G.-B. die grundsätzliche Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit des obligatorischen Vorkaufsrechtes statuiert. Eine Abweichung von diesem Grundsatze stellt das Gesetz selbst in § 514 Satz 2 auf, indem es das Recht im Zweifel für vererblich erklärt, wenn es auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist, doch sind auch Ausnahmen auf Grund vertragsmäßiger Vereinbarung zugelassen. Naturgemäß sind diejenigen Rechte nach den gewöhnlichen Bestimmungen übertragbar und vererblich, welche dem Vorkaufsberechtigten nach der Ausübung als Käufer zustehen.

Die Übertragbarkeit der Vorkaufsverpflichtung ist praktisch schwer denkbar, da bei entgeltlicher Übertragung das Vorkaufsrecht

[1]) In seltenen Fällen wird die Unmöglichkeit der Leistung durch Weigerung des Dritten als unverschuldet zu erachten sein, so z. B. wenn der Testamentsvollstrecker in Unkenntnis eines vom Erblasser einem Dritten eingeräumten Vorkaufsrechtes ein Grundstück veräußert und der Erwerber dessen Rückgabe verweigert. — Vergl. Entsch. der O. L. G. Bd. 16 S. 410. — Zur Vermeidung solcher Versehen dürfte übrigens der oben verteidigte Formenzwang insofern beitragen, als bei Vorhandensein einer Urkunde Fälle von Nichtkenntnis nur selten sein können.

[2]) Mot. II. 348.

einsetzt, bei unentgeltlicher ausgeschlossen ist, und der Übernehmer kaum freiwillig die Last auf sich nehmen wird, eine Übertragung ohne Sache aber auf des Verpflichteten Seite nicht möglich ist. Möglich ist allerdings eine Übernahme der subsidiären Verpflichtung aus dem Vorkauf, der Schadensersatzpflicht, durch einen andern für den Fall der entgeltlichen Übertragung des Eigentums an der Vorkaufssache, und zwar kann die Übernahme entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, z. B. kann der Dritte die Verpflichtung zum Schadensersatz in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen. Für den Fall der unentgeltlichen Übertragung der Vorkaufssache entsteht aber auch keine Schadensersatzpflicht, sodaß die Übernahme einer solchen bedeutungslos wäre.

Bezüglich der Vererblichkeit ist wie beim Wiederkauf kein Grund einzusehen, warum die Verpflichtung nicht auf die Erben übergehen sollte. Diese Anschauung hat auch allgemeine Anerkennung gefunden.

Strittig ist die Frage, ob das Vorkaufsrecht verzichtbar ist. Vor Ausübung des Vorkaufsrechtes wäre nach unserer Auffassung die Möglichkeit der einseitigen Aufgabe des Rechtes, die Verzichtbarkeit, zu verneinen, da bereits eine vertragliche Bindung der Parteien, wenn auch eine bedingte, eingetreten ist. Die Frage ist in dem genannten Zeitpunkte jedoch nicht von wesentlicher Bedeutung; der Berechtigte hat es auch an und für sich schon in der Hand, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, was einen vorherigen Verzicht überflüssig macht.

Anders dagegen nach Ausübung des Vorkaufsrechtes. Es kann z. B. der Fall eintreten, daß der Verpflichtete, der die Sache mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreise verkauft hat, von dem Berechtigten, welcher sein Recht auszuüben erklärt hat, verlangt, daß er auch die übrigen Gegenstände gegen Zahlung des mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreises übernehme, da dieser sie ohne die mit dem Vorkaufsrechte belastete Sache nicht behalten wolle. Dieser Anspruch des Verpflichteten ist selbständiger Natur, nicht etwa nur eine Einrede gegenüber dem Anspruche des Berechtigten.[1]) Daraus, wie aus dem Umstande, daß beide Teile, wie schon erwähnt, vertraglich gebunden sind, folgt, daß ein ein-

---

[1]) Planck II, Anmerkung zu Seite 417.

seitiger Verzicht auf das Vorkaufsrecht nicht mehr möglich ist, etwa um der Verpflichtung zu entgehen, auch noch andere Gegenstände, die für den Berechtigten wertlos sein mögen, mitzuübernehmen.[1])

Auch eine Anfechtung der einmal abgegebenen Ausübungserklärung wegen Irrtums ist in diesem Falle ausgeschlossen, da die Unkenntnis des Berechtigten von dem späteren Verlangen des Verpflichteten nach Ausdehnung des Vorkaufs keinen Irrtum über den Inhalt der Ausübungserklärung bedeutet.[2])

Die eben hervorgehobenen Folgen der Ausübungserklärung für den Berechtigten erscheinen billig mit Rücksicht darauf, daß er von vornherein mit der Möglichkeit einer solchen Ausdehnung bei dem Gesamtverkauf an den Dritten rechnen mußte, weil ihm ferner zur Überlegung eine entsprechende Frist gegeben ist, und bietet ein gewisses Äquivalent für den Verpflichteten, der seinerseits auch Nachteile hat, insofern als er angesichts des Vorkaufsrechtes schwerer einen Käufer findet.

Bezüglich des mehreren Personen hinsichtlich desselben Gegenstandes zustehenden Vorkaufsrechtes gelten die gleichen Bestimmungen wie beim Wiederkauf.[3])

III. Das dingliche Vorkaufsrecht.
(§§ 1094–1104 B. G.-B.)

§ 14. Die rechtliche Natur des dinglichen Vorkaufsrechtes.

Ein Vorkaufsrecht, das auch Dritten gegenüber Wirkungen äußert, hat der Gesetzgeber nur bei Grundstücken für nötig erachtet. Das dingliche Vorkaufsrecht hat seinen Platz im Sachenrecht. Da aber im Sachenrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht gilt, die dinglichen Rechte der Zahl nach begrenzt und vom Gesetze inhaltlich zwingend geregelt sind, so konnte sich der Gesetzgeber in diesem Falle nicht darauf beschränken, eine Reihe von Rechtsätzen für den Fall der Ausübung eines vereinbarten Vorkaufsrechtes zu geben, sondern mußte auch zur

---

1) A. M. Enneccerus a. a. O. Seite 875.
2) A. M. Oertmann II, Erläuterung 1 b zu § 508.
3) Vergl. oben Seite 20 f.

Frage, als was für ein dingliches Recht das Vorkaufsrecht aufzufassen sei, zur Konstruktionsfrage Stellung nehmen.

Wie aus den Motiven [1]) hervorgeht, wurde die Konstruktion des Rechtes als Grundstücksbelastung gewählt,[2]) und zwar nach Analogie der Reallast. Man hatte zuerst daran gedacht, das dingliche Vorkaufsrecht als vertragsmäßiges Veräußerungsverbot zu konstruieren, aber abgesehen davon, daß ein solches Verbot mit Rücksicht auf § 137 B. G.-B. nur eine unter den Parteien wirkende Verpflichtung erzeugt, wäre diese Konstruktion nicht zu begrüßen gewesen, da eine Veräußerung gerade die Voraussetzung des Vorkaufsrechtes ist.[3])

Der von den Motiven angezogene Vergleich mit der Reallast ist in der Weise durchgeführt, daß in beiden Fällen das Grundstück für die Erfüllung einer obligatorischen Verbindlichkeit hafte, daß jedoch vermöge der eigentümlichen Natur des Vorkaufsrechtes die Haftung bei diesem nicht in einer Leistung aus dem Grundstücke, sondern in einer Hingabe des Grundstücks selbst, als ob es verkauft wäre, bestehe.[4])

Aus der Stelle in den Motiven, an welcher als die einfachste Art der Verdinglichung des obligatorischen Vorkaufsrechtes die Konstruktion desselben als Grundstücksbelastung bezeichnet ist, geht weiterhin hervor, daß dem inhaltlich obligatorischen Vorkaufsrechte dingliche Wirkungen beigelegt werden wollten. Das dingliche Vorkaufsrecht enthält also immer ein obligatorisches Vorkaufsrecht, weshalb auch bezüglich des obligatorischen Verhältnisses die Bestimmungen der §§ 504—514 B. G.-B maßgebend sind.[5])

---

[1]) Mot. III, 450.

[2]) Vergl. §§ 1094, 1105, 1113 B. G.-B. hinsichtlich des Wortlauts.

[3]) Vergl. Leske a. a. O. Seite 482.

[4]) Mot. III, 450.

[5]) Vergl. von Cretschmar a. a. O. Vorbemerk. zu § 1094 ff.: „Dieser Abschnitt will das obligatorische Vorkaufsrecht dinglich sichern, ohne das dingliche Recht vom obligatorischen unabhängig zu machen." — von Buchka a. a. O. Seite 107: „Seinem Inhalte nach besteht das dingliche Vorkaufsrecht aus einem im wesentlichen obligatorischen Rechte des Vorkaufsberechtigten gegenüber dem Eigentümer des belasteten Grundstückes und einem dinglich wirkenden Anspruch gegen den dritten Erwerber des Grundstücks auf Herausgabe und Übertragung des Eigentums." — Plank III

Enthält sonach das dingliche Vorkaufsrecht immer ein obligatorisches, so ist nach unserer Anschauung ein bedingter Anspruch[1]) auf Übertragung des Eigentums mit der Begründung des Vorkaufsrechtes an dem Grundstücke gegeben. Lewandowsky[2]) sucht die Untrennbarkeit des obligatorischen Vorkaufsrechtes von dem dinglichen indirekt als Gegenbeweis gegen die Konstruktion des obligatorischen Vorkaufsrechtes als suspensiv-bedingten Kaufs zu verwerten, indem er behauptet, entsprechend dem dinglichen könne auch das obligatorische Vorkaufsrecht nicht als Kauf gedacht werden, da die Motive[3]) erklärten, das Vorkaufsrecht ginge nicht darauf, dem Berechtigten, wenn sich gewisse Bedingungen erfüllen, das Eigentum zu verschaffen, sondern vielmehr dahin, einen dem Berechtigten unerwünschten Eigentumswechsel zu verhüten. Lewandowsky übersieht aber hiebei, daß die Motive von dem Zweck des Vorkaufsrechtes sprechen und nicht den Erfolg des ausgeübten Vorkaufsrechtes im Auge haben. Den Eigentumswechsel verhüten kann der Berechtigte auch nur, wenn er sich selbst Eigentum an dem Vorkaufsgrundstück verschafft. Der Erfolg ist zunächst immer, auch wenn der Berechtigte dem Verpflichteten die Sache wieder zurückgeben sollte, eine Übertragung des Eigentums auf den Berechtigten, und diese und nichts anderes ist im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechtes die Folge der Grundstücksbelastung.

Im übrigen halten wir den Rückschluß vom dinglichen auf das obligatorische Vorkaufsrecht schon aus dem Grunde für fehlgehend, weil die vom Gesetze für das dingliche Vorkaufsrecht als beste erachtete Konstruktion für das obligatorische Vorkaufsrecht infolge des begrenzten Objekts bei jenem — der Grundstücke — nicht maßgebend sein kann.

Ebenso möchten wir es nicht als die alleinige Absicht der Motive, ein bedingtes Recht auf Eigentumsaneignung[4]) bei dem

---

Seite 414: „Das dingliche Vorkaufsrecht besteht niemals für sich allein, es ist immer auch mit einem persönlichen Vorkaufsrechte verbunden."

[1]) Staudinger III Seite 537: „Der Berechtigte hat kraft seines Vorkaufsrechtes einen bedingten Anspruch."

[2]) A. a. O. Seite 605.

[3]) III, Seite 451.

[4]) Der Ausdruck „Aneignung" ist scheinbar zur Umgehung des Wortes „Übertragung" gewählt. Ersterer läßt mehr auf ein einseitiges

dinglichen Vorkaufsrechte zu verneinen,[1]) bezeichnen, wenn sie anführen,[2]) das dingliche Vorkaufsrecht solle dem Berechtigten weder eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten verschaffen, noch ihm wegen des Anspruchs auf eine solche Leistung dingliche Sicherheit gewähren.

U. E. zielen diese Ausführungen der Motive darauf ab, daß der Verpflichtete ohne Haftung für Schadensersatz — ausgenommen den Fall besonders übernommener Garantie — imstande sein soll, das mit dem Vorkaufsrechte belastete Grundstück durch Aufnahme von Hypotheken im Werte zu mindern oder durch Überbelastung gänzlich des positiven Vermögenswerts zu berauben; die Verpflichtung des Eigentümers des belasteten Grundstücks soll wie bei dem obligatorischen Vorkauf nicht weiter reichen, als daß er dem Berechtigten die belastete Sache zu den mit dem Dritten vereinbarten Kaufbedingungen zu lassen habe.

Zu den Ausführungen der Motive über diesen Punkt bestand Veranlassung mit Rücksicht auf § 160 B. G.-B. Danach entsteht für den unter einer aufschiebenden Bedingung Berechtigten Anspruch auf Schadensersatz, wenn der die Berechtigung enthaltende Anspruch während der Schwebezeit der Bedingung durch Verschulden des Verpflichteten vereitelt oder beeinträchtigt wird. Geht der Anspruch des Vorkaufsberechtigten nur auf Verschaffung der Rechtsbefugnisse des § 903 B. G.-B., wie unten[3]) auszuführen sein wird, und nicht auf eine Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten, so ist § 160 B. G.-B. insofern nicht einschlägig, als dieser Anspruch auch durch Überbelastung des Grundstücks mit Hypotheken weder vereitelt noch beeinträchtigt werden kann.

Inwieweit die Freiheit der nachträglichen Belastung eingeschränkt ist, wird später zu erörtern sein.

Wegen des auf eine wertvolle Leistung gerichteten Anspruchs soll auch nicht dingliche Sicherheit gewährt werden, wie die Motive an der eben zitierten Stelle (Band III, Seite 451) weiter ausführen. Eine Haftung des Grundstücks für eine solche Leistung

---

Könnrecht, Gestaltungsrecht im Sinne Lewandowsky's schließen, dessen Annahme auch wir verneinen.

[1]) Simon a. a. O. Seite 25.

[2]) III, Seite 451.

[3]) Vergl. Seite 70.

wäre auch ohne Bedeutung. Denn entweder erhält der Berechtigte das Grundstück vom Vorkaufsverpflichteten oder vom Dritten, oder er kann Schadensersatz beanspruchen, aber nur, wenn er das Grundstück vom Dritten wegen verschuldeten Untergangs nicht oder im verschlechterten Zustand erhält, eine Haftung des Grundstücks für Schadensersatz würde dem Berechtigten nichts nützen, nachdem er entweder selbst Eigentümer des Grundstücks wird oder die Haftung mangels eines Grundstücks gegenstandslos geworden ist.[1])

Wenn man die mehrfach genannte Stelle der Motive in der angegebenen Weise auslegt und den Schadensersatzanspruch lediglich als eine Folge der verletzten Vertragspflicht auffaßt,[2]) die bei dem für mehrere Verkaufsfälle bestehenden Vorkaufsrechte mit dem Eigentum auf den dritten Käufer übergeht, wenn man ferner berücksichtigt, daß eine Verbindung von Personal- und Realhaftung auch bei den übrigen Grundstücksbelastungen, ohne daß diese ihren Charakter als solche verlören, vorkommt, so fällt auch der von Immerwahr[3]) gefundene Widerspruch zwischen den Motiven an der besprochenen Stelle und der Darstellung des Vorkaufsrechtes als reiner Grundstücksbelastung, und ist die von ihm gegebene Konstruktion des dinglichen Vorkaufsrechtes als „gemischten Rechtsinstituts“ ohne Bedeutung.

§ 15. Obligatorische Seite des dinglichen Vorkaufsrechtes.

Entsprechend der Absicht, ein obligatorisches Recht mit dinglicher Wirkung auszustatten, können wir bei dem dinglichen Vorkaufsrechte eine obligatorische und eine dingliche Seite unterscheiden.

Die erstere betrifft das Rechtsverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten, welches sich auf Grund des § 1098 Abs. I B. G.-B. nach den Vorschriften der §§ 504–514

---

[1]) Der von Immerwahr in Ihering's Jahrbuch, Band 40 Seite 286 angeführte Fall, daß der Berechtigte durch die Veräußerung eines Teiles des belasteten Grundstücks Schaden erleidet und ihm für den Schadensersatzanspruch das Restgrundstück haften könnte, dürfte als Regelfall nicht zu erachten sein.

[2]) Die Schadensersatzpflicht für den Fall, daß durch Nichtbeachtung des Vorkaufsrechtes dem Berechtigten ein Schaden erwächst, ist von den Motiven (Band III, Seite 450, Nr. 4, Absatz 1) ausdrücklich hervorgehoben.

[3]) A. a. O. Seite 284 ff.

B. G.-B. bestimmt. Hierin liegt kein Hinweis auf analoge Anwendung, sondern eine Anweisung, daß die genannten Vorschriften für die obligatorische Seite des dinglichen Vorkaufsrechtes zu gelten haben. Die dispositiven Vorschriften der §§ 504 ff erfahren bei der Anwendung auf das dingliche Vorkaufsrecht nur insofern eine Änderung, als sie im Sachenrecht nach Umfang und Inhalt zwingende Bestimmungen, jus cogens, werden.

Daraus folgt zunächst, daß ein Abgehen von der Bestimmung des § 505 Abs. II B. G.-B., wie es bei dem obligatorischen Vorkaufsrechte [1]) als zulässig anerkannt ist, bei dem dinglichen Vorkaufsrecht unzulässig ist, daß also die mit dem Dritten vereinbarten Bedingungen in allen Fällen für den Berechtigten maßgebend sind. Es ist auch die Vorausbestimmung eines festen Preises für den Fall des dinglichen Vorkaufsrechtes nicht zulässig und nicht eintragungsfähig, da eine derartige Vereinbarung eine vom gesetzlichen Inhalte des Vorkaufsrechtes (der §§ 1094 ff) abweichende Bestimmung enthält, der die dingliche Wirkung zu versagen ist. [2]) Die Beschränkung des von dem Berechtigten zu zahlenden Vorkaufspreises auf einen bestimmten Betrag würde ein dingliches Kaufrecht schlechthin darstellen, eine Sperrung des Grundstückes erfordern, [3]) und den Vorkaufsberechtigten auch berechtigen, im Falle der Ausübung seines Rechtes die Beseitigung von Lasten zu verlangen, die zwischen Vorkaufsvorbehalt und Ausübung auf dem Grundstück eingetragen wurden.

Über die Anwendbarkeit des § 514 B. G.-B. auf das dingliche Vorkaufsrecht herrscht Streit. Die einen wie Cosack [4]), Planck [5]), Dernburg [6]), Crome [7]), Matthias [8]) und Oberneck [9]) bejahen die Anwendbarkeit im vollen Umfange und infolge-

---

[1]) S. oben S. 42.

[2]) Vergl. Entsch. der O. L. G. Bd. 4, S. 69.

[3]) Vergl. Mot. III 451, die aus dem gleichen Grunde auch ein dingliches Wiederkaufsrecht ausschließen und v. Cretschmar a. a. O. Anm. z. § 1094.

[4]) A. a. O. II S. 317.

[5]) A. a. O. III S. 421.

[6]) A. a. O. II 2 S. 94.

[7]) A. a. O. III S. 113.

[8]) A. a. O. S. 502.

[9]) A. a. O. I S. 599 Note 9.

dessen also die Übertragbarkeit der Vorkaufsberechtigung und ihre Vererblichkeit, falls diese durch Parteivereinbarung bestimmt oder durch Beschränkung des Vorrechtes auf eine Frist gesetzlich gegeben ist. Diesem Standpunkte ist auch beizutreten, schon aus dem Grunde, weil keine Veranlassung besteht, eine Ausnahme in das Gesetz hineinzutragen, die der Gesetzgeber zweifellos selbst gesetzt hätte, wie er das in der Bestimmung des § 1098 I S. 2 getan hat, andererseits aber das Gesetz sich die Ausnahme des § 1103 hätte ersparen können, wenn es die Vorschrift des § 514 hinsichtlich der Übertragbarkeit nicht voll zur Anwendung hätte bringen wollen.[1])

Andere wie Gierke[2]) und Meisner[3]) verneinen die Anwendbarkeit des § 514 B. G.-B. von dem Worte „sofern“ an, somit jede Vertragsfreiheit, welche nach ihrer Meinung der absolut maßgebenden Regelung des dinglichen Vorkaufsrechtes nicht entspricht. Sie sind hierin wenigstens konsequent, während Dritte, wie Immerwahr[4]) und Endemann[5]) zwar die Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Vorkaufsrechtes auf grund von Parteivereinbarung ausschließen, eine Vererbung jedoch zulassen, wenn das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt ist.[6])

Durch diese Inkonsequenz wird es ermöglicht, die nach der letztgenannten Anschauung unzulässige Parteivereinbarung einfach zu ersetzen dadurch, daß eine Frist für die Ausübung des Vorkaufsrechtes ausgemacht und eingetragen wird. Damit wäre aber auch der höchstpersönliche Charakter, den die Motive[7]) der Vorkaufsberechtigung beilegen wollen, gefährdet. Dies kann auch damit nicht widerlegt werden, daß Katz[8]) eine Vererbung im

[1]) Vergl. v. Cretschmar a. a. O. Anm. z. § 1094. „Abgesehen von § 1103 unterliegt das Vorkaufsrecht der nachträglichen freien rechtsgeschäftlichen Abänderlichkeit, insbesondere kann mit Bewilligung des Eigentümers und Berechtigten das bisher unübertragbare und unvererbliche Recht übertragbar und vererblich gemacht werden, oder das Recht auf einen andern Berechtigten übertragen werden.“

[2]) A. a. O. S. 353.

[3]) A. a. O. II, S. 200.

[4]) A. a. O. S. 289.

[5]) A. a. O. II, S. 697, Anm. 29.

[6]) § 514, S. 2 B. G.-B.

[7]) Mot. II 351, III 453.

[8]) A. a. O. S. 45.

Falle des § 514 S. 2 B. G.-B. ganz natürlich findet, da hier nicht die Person des Berechtigten, sondern lediglich die Fristsetzung maßgebend sei. Diese Meinung setzt sich daher selbst in Widerspruch zu den Motiven, die sie hauptsächlich für sich anführt.

Im übrigen sind die Gründe, welche die Motive [1]) gegen Vererblichkeit und Übertragbarkeit anführen, nicht stichhaltig. Die Gefahr, die sie in einer durch die Vererblichkeit hervorgerufenen Zersplitterung der Ausübungsbefugnis erblicken, ist durch die Vorschrift des § 513 B. G.-B. beseitigt, daß mehrere ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Recht nur im ganzen ausüben können. Wenn die Motive ferner den Vorteil, der gerade in einer vorübergehenden Grundstücksbelastung liege, hervorheben, so ist dieser Begründung wenig Wert beizulegen angesichts der Tatsache, daß das Gesetz selbst eine für längere Zeitdauer berechnete Vorkaufsberechtigung zuläßt, wie subjektiv-dingliche [2]) und juristischen Personen zustehende Vorkaufsrechte.

Außerdem kann ja auch das dingliche Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle und sogar für alle Verkaufsfälle bestellt werden.[3]) Schließlich mag noch angeführt werden, daß die Frage nach der Vererblichkeit und Übertragbarkeit im Laufe der Beratungen zum Entwurfe keineswegs einheitlich beantwortet wurde; es waren vielmehr widersprechende Anträge vorhanden, wobei allerdings am Schlusse der Antrag siegte, der unter Bezugnahme auf § 484 S. 1 des 1. Entwurfes die Vererblichkeit verneinte, weil nach dieser Vorschrift zur Ausübung des Vorkaufsrechtes nur der Berechtigte persönlich befugt sei.[4])

Erwähnung verdient noch ein von Fritsch [5]) besonders hervorgehobener Umstand, der für die Zulässigkeit einer Loslösung der Berechtigung von dem ursprünglichen Vorkaufsberechtigten spricht. Es ist dies die Bestimmung des § 1104 B. G.-B. Diese dem obligatorischen Vorkaufsrechte unbekannte Vorschrift gibt im Anschluß an § 887 B. G.-B. die Möglichkeit, unbekannte

---

[1]) Vergl. bezüglich des folgenden Mot. III 453.

[2]) § 1094 Abs. II B. G.-B.

[3]) § 1097 S. 2 B. G.-B.

[4]) Vergl. Prot. 1. Les. S. 3761, 3766, 3767; vergl. auch vor. Seite.

[5]) Vergl. a. a. O. S. 55 ff.

Berechtigte im Wege des Aufgebotsverfahrens mit ihrem Rechte auszuschließen; durch die Verweisung auf § 1170 B. G.-B. ist das Erfordernis gegeben, daß seit der letzten sich auf das Vorkaufsrecht beziehenden Eintragung in das Grundbuch 10 Jahre verstrichen sein müssen, und daß der Verpflichtete (Eigentümer) das Recht des Berechtigten während dieser Frist nicht anerkannt haben darf.

Fritsch[1]) führt in Verteidigung seiner Anschauung aus, das Aufgebot bezwecke nach den Protokollen[2]) eine Beseitigung veralteter, nicht mehr bestehender Rechte; ein nicht mehr bestehendes Recht könne nur dasjenige sein, das durch Ausübung oder aus einem sonstigen Grunde erloschen sei. Dann sei aber keine Ausschließung mehr im Wege des Aufgebotsverfahrens nötig. Der Gesetzestext selbst gebe an, daß der Berechtigte unbekannt sein müsse. Da demnach das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht ausscheide, käme für das Aufgebotsverfahren nur das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht in Betracht. Hier müsse wieder eine Ausnahme für die juristische Person gemacht werden, da eine solche während ihres Bestehens immer bekannt sei. Aber auch der ursprünglich Berechtigte, der eine natürliche Person sei, könne naturgemäß nicht unbekannt sein. Es kämen also nur die Fälle, in denen die Unkenntnis des Aufenthaltsortes des Berechtigten auch dessen Person unbekannt und so ein Aufgebotsverfahren notwendig mache[3]), und die Fälle, in denen der Vorkaufsberechtigte lediglich bestimmbar sei wie z. B. wenn ein Vorkaufsrecht für die Deszendenz einer bestimmten Person bestehe,[4]) in Betracht.

Bei der Seltenheit der angeführten Fälle dürfte man aber kaum die besondere Bestimmung des § 1104 B. G.-B. als gerechtfertigt erachten, anders jedoch, wenn man Vererblichkeit und Übertragbarkeit zulasse, wodurch viele Möglichkeiten der Anwendung des Aufgebots entstünden.

Man wird Fritsch entschieden beipflichten müssen, da es zweifellos leicht vorkommen kann, daß der Berechtigte unbekannt

---

[1]) Vergl. a. a. O. S. 55 ff.

[2]) Prot. VI, 601.

[3]) Vergl. Planck, Bemerkung 3a zu § 887 B. G.-B.

[4]) Vergl. Immerwahr, a. a. O. S. 303.

wird, wenn an Stelle des ursprünglich Vorkaufsberechtigten ein anderer z. B. im Wege der Erbfolge tritt. In solchen Fällen gewinnt der § 1104 B. G.-B. praktische Bedeutung, wodurch ein weiterer Beweis für die Zulässigkeit der Vererblichkeit und Übertragbarkeit des Vorkaufsrechtes in den Grenzen des § 514 B. G.-B. erbracht sein dürfte.[1])

Bezüglich der Vererblichkeit und Übertragbarkeit der Verpflichtung enthält das Gesetz hier im Gegensatz zum obligatorischen Vorkauf positive Bestimmungen, die sich jedoch im wesentlichen mit der oben[2]) von uns vertretenen Anschauung decken. Nach § 1097 B. G.-B. geht die Verpflichtung, die dem dinglichen Vorkaufsrechte entspricht, auf die Erben über, eine Übertragung der Verpflichtung ist auch hier nur für den Fall denkbar, daß das Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Verkaufsfälle bestellt ist, sonst würde es bei entgeltlichem Übergang des Eigentums an dem belasteten Grundstück durch Nichtausübung erlöschen, ebenso wie bei Eigentumsübertragung durch Schenkung, Tausch oder Kindskauf, d. h. der neue Eigentümer kann vom Berechtigten die Zustimmung zur Löschung der eingetragenen Belastung verlangen.

Bestritten ist die Frage, wie gestaltet sich das obligatorische Verhältnis für den Fall, daß das Vorkaufsrecht[3]) für mehrere Verkaufsfälle bestellt ist,[3]) und ist vor allem für den Rechtsnachfolger des Verpflichteten beim Weiterverkauf eine Schadensersatzpflicht wegen Verletzung des Vorkaufsrechtes gegeben? U. E. ist kein Grund vorhanden, bei dem für mehrere Fälle bestellten Vorkaufsrecht nach dem ersten Verkaufsfalle die obligatorische Seite, die nach den Motiven dinglich gesichert werden soll, in Wegfall kommen zu lassen. Es kann nicht bestritten werden, daß eine Anzeigepflicht, die ebenfalls eine Folge der Berechtigung auf

---

[1]) Vergl. von Cretschmar Vorbemerkung zu § 1094 ff.: „Ist das Vorkaufsrecht als übertragbar oder vererblich eingetragen und so ausnahmsweise auch dem Nießbrauch und Pfandrechte unterworfen, so unterliegt es auch der Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung" (§ 835 Z.-P.-O.), eine vollkommen gerechtfertigte Folge, da in diesem Falle die Vorkaufsberechtigung ihren persönlichen Charakter verliert und besonders im Falle der Übertragung einen Verkehrswert erlangt.

[2]) Vergl. oben S. 57 f.

[3]) § 1097 S. 2. B. G.-B.

der andern Seite ist, für den Weiterverkäufer besteht. Gleichermaßen rechtfertigt sich eine Schadensersatzpflicht nach § 249 ff. B. G.-B., wenn er in irgend einer Weise das Recht des Vorkaufsberechtigten verletzt, da dieses, solange es nicht untergegangen ist, dem Grundstücke weiter anhaftet. Der Übergang der persönlichen Haftung auf den Käufer ergibt sich auch aus dem Hinweis der Motive auf die Reallast,[1]) bei welcher ebenfalls die persönliche Haftung den jeweiligen Eigentümer trifft (§ 1118 B. G.-B.) und daraus, daß das Gesetz nur vom Verpflichteten im allgemeinen [2]) spricht und als verpflichtet u. E. auch der neue Eigentümer bei dem für mehrere oder alle Fälle bestellten Vorkaufsrechte erscheint.[3])

§ 16. Die dingliche Seite des Vorkaufsrechtes.

So einfach sich die Wirkung gegen Dritte bei anderen dinglichen Rechten, z. B. dem Eigentumsrecht, gestaltet, so schwer ist sie mit Bestimmtheit bei dem dinglichen Vorkaufsrechte festzulegen. § 1098 Abs. II B. G.-B. bestimmt: „Dritten gegenüber hat das Vorkaufsrecht die Wirkung einer Vormerkung zur Sicherung des durch die Ausübung des Rechts entstehenden Anspruchs auf Übertragung des Eigentums.“ Unter „Dritten“ ist hier sowohl der erste Käufer zu verstehen, der das Eigentumsrecht an dem Vorkaufsgrundstück in Anspruch nimmt, als auch jeder andere, der ein Recht an diesem Grundstück geltend macht, das der Vorkaufsberechtigung entgegensteht. Letztere werden uns hier vornehmlich interessieren.

---

[1]) Mot. III, 450.

[2]) § 1098 Abs. I B. G.-B.

[3]) A. A. anscheinend Binder, vergl. a. a. O. S. 125 Anm. 124. Er führt dort folgendes aus: „Wenn der Entwurf sagt, das Rechtsverhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem bestimmt sich nach Vorschrift der §§ 504—514, so bezieht sich das nur auf den Verkäufer, nicht auch auf den Käufer, wie Planck III, 419 (485) annimmt.“ Die Bezugnahme auf Planck läßt erkennen, daß auch Binder bei obiger Ausführung das wiederholentliche Vorkaufsrecht meint. Daß man beim einmaligen Vorkaufsrecht die Vorschriften der §§ 504 ff. B. G.-B. nicht auch bei Weiterverkauf durch den Käufer gegenüber diesem in Anwendung bringen kann, erscheint nicht zweifelhaft.

Es soll nur kurz wiederholt werden, daß nach unserer Anschauung der Anspruch auf Eigentumsübertragung nicht erst mit der Ausübung des Vorkaufsrechtes entsteht, sondern daß der vom Gesetzgeber in Kürze gebrauchte Ausdruck des § 1098 Abs. II B. G.-B. als „Wirksamwerden" auszulegen ist.

Im übrigen ist es für die folgenden Ausführungen gleichgültig, ob wir es mit der Sicherung eines bedingten oder eines zukünftigen Anspruches zu tun haben, da auf beide die Vorschrift des § 883 Abs. I S. 2 B. G.-B. anwendbar ist.

Die Wirkung der Vormerkung besteht darin, daß jede Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit unwirksam ist, als sie den Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde.

Worauf geht nun der Anspruch des Berechtigten? Lediglich auf Übertragung des Eigentums an dem belasteten Grundstücke. Der Inhalt des Eigentums ist auch hier nur nach § 903 ff. B. G.-B. bestimmt, nur die dort erwähnten Rechtsbefugnisse braucht der Verpflichtete dem Berechtigten zu verschaffen, andern Beschränkungen in der Verfügungsfreiheit soll ersterer nicht ausgesetzt sein, wie auch aus der Unzulässigkeit der Festsetzung eines bestimmten Gegenwerts durch Vorausbestimmung eines festen Preises hervorgeht und wie die Motive[1]) zum Ausdruck bringen dadurch, daß das dingliche Vorkaufsrecht dem Berechtigten eine wertvolle Leistung aus dem Vermögen des Verpflichteten nicht verschaffen solle.

Es können Belastungen, welche vor Eintritt des Vorkaufsfalles vorgenommen wurden, der Vormerkung gegenüber nicht in Betracht kommen, da sie den Auflassungsanspruch des Berechtigten als solchen weder vereiteln noch beeinträchtigen. Auch die Beispiele Immerwahr's[2]) lassen diesen Anspruch des Be-

[1]) Mot. III, 451.

[2]) Vergl. a. a. O. S. 328: „Wenn jemand eine Fabrik auf freiem Felde anlegt und sich zwecks künftiger Vergrößerung ein dingliches Vorkaufsrecht am Nachbargelände sichert, der Verpflichtete aber letzteres verkauft, nachdem er inzwischen eine Wege- oder Weidegerechtigkeit auf längere Zeit daran bestellt hat, so kann diese Belastung dem Käufer unter Umständen ganz gleichgültig sein. Während sie also für diesen keinen Anlaß zur Herabminderung des Kaufpreises bildet, macht sie das Grundstück für den Vorkäufer wertlos. Dieser wird also geradeso wie der für seinen Auf

rechtigten verwirklichen, nur wird bei ihnen ein Sonderzweck, den der Berechtigte mit der Ausübung seines Vorkaufsrechtes verfolgt, beeinträchtigt oder vereitelt. Der Hauptzweck, sozusagen der gesetzlich sanktionierte Zweck des Vorkaufsrechtes, ist die Fernhaltung Dritter von dem belasteten Grundstücke.

Auch Belastungen, die in dem mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrag auf das Grundstück gelegt werden, können aus den eben entwickelten Gesichtspunkten keinen Einfluß auf den Auflassungsanspruch des Berechtigten haben, sie bringen übrigens dem Berechtigten auch keinen Schaden, da sich der Kaufpreis auch ihm gegenüber entsprechend niedriger berechnen wird.

Anders ist es jedoch mit Belastungen, die nach dem Zeitpunkte des Abschlusses des Vertrages mit dem Dritten vereinbart und eingetragen wurden. Durch diesen Vertrag sind die Bestimmungen festgelegt, die sich der Berechtigte bei Ausübung seines Vorkaufsrechtes gefallen lassen muß, deren Einhaltung er aber auch sich gegenüber verlangen kann (§ 505 Abs. II, § 1908 Abs. I B. G.-B.). Zu diesen Bestimmungen gehört wohl auch die Beschaffenheit der Kaufsache in jeder Hinsicht, also Lastenfreiheit, eventuell Angabe der bestimmten Zahl der Belastungen. Der Anspruch auf Übertragung des Eigentums gewinnt also durch den Abschluß des Vertrages mit dem Dritten einen bestimmten Umfang, einen abgegrenzten Inhalt. Wenn auch die Vorschriften des § 505 Abs. II (1098 Abs. I) B. G.-B. lediglich für das Verhältnis zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem maßgebend sind, so wird sich nicht bestreiten lassen, daß mangels einer Schadloshaltung durch den obligatorisch Verpflichteten [1]) das Recht des Berechtigten infolge nachträglicher Belastung der Vorkaufssache durch den Dritten beeinträchtigt wird. Das Gleiche hat natürlich erst recht von den nach der Ausübungserklärung an

---

lassungsanspruch durch Vormerkung Geschützte nur nachzuweisen haben, daß eine nach Eintragung seines Vorkaufsrechtes eingetragene Belastung ihm nachteilig ist, um alsbald nach Ausübung seines Rechtes dieselbe zu beseitigen."

[1]) Ein Schadensersatzanspruch gegen den Verpflichteten entsteht selbstverständlich, wenn durch seine säumige Mitteilung an den Berechtigten eine vor der Ausübung geschehene Belastung ermöglicht wurde.

dem mit dem Vorkaufsrechte belasteten Grundstücke bestellten Rechten zu gelten.

Wir gehen demnach insoferne mit Planck[1]) zusammen, als wir den Eintritt des Vorkaufsfalles als den kritischen Zeitpunkt bezeichnen, in welchem das dingliche Vorkaufsrecht gleich einer Vormerkung zur Erhaltung des durch die Ausübungshandlung des Berechtigten bedingten Anspruchs auf Auflassung wirkt; d. h. alle Rechte, mit denen nach diesem Zeitpunkte das Grundstück belastet wird, sind dem Berechtigten gegenüber insoweit unwirksam, als sie seinen Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würden.[2])

Es bedarf aber zur näheren Begründung der Ansicht, die gerade diesen Zeitpunkt für den entscheidenden hält, der Bezugnahme auf die §§ 505 II und 1098 I B. G.-B. und genügt nicht, davon zu sprechen, daß der Berechtigte einen Anspruch darauf habe, daß ihm das Grundstück in dem durch die Vormerkung gebundenen Zustande, also nicht belastet mit späteren Hypotheken, übertragen werde.[3])

Die dargelegte Auffassung des § 1098 Abs. II B. G.-B. enthält auch Dritten gegenüber durchaus keine Härte, da das dingliche Vorkaufsrecht eingetragen ist und der Dritte, der ein dingliches Recht an dem Grundstück erwerben will, von vornherein mit dem Vorkaufsrechte rechnen kann und muß.

Bei Meidung der Unwirksamkeit seines Rechtserwerbes muß er sich davon überzeugen, ob ein Vorkaufsfall bereits eingetreten ist, unter Umständen muß er die kurze Ausübungsfrist abwarten.

Der Ansicht Endemann's,[4]) der mit anderen[5]) insbesondere aus der Verweisung auf das Recht der Vormerkung schließt, daß jede nach der Eintragung bewirkte Rechtsänderung insoweit vernichtbar sei, als sie die Verwirklichung des Eigentumserwerbes

---

[1]) Planck III, zu § 1098, vergl. auch Seckler a. a. O. S. 284.

[2]) Dadurch scheidet, was die Vormerkungswirkung des § 1098 II anlangt, der Vorkaufsverpflichtete von selbst aus; denn dieser kann nach dem Vorkaufsfall das Grundstück nicht mehr belasten. Deshalb mißverständlich bei Bock a. a. O. S. 59.

[3]) R.-G.-E. Bd. 15, S. 271; Bock a. a. O. S. 59.

[4]) A. a. O. II, 1. S. 697.

[5]) Immerwahr a. a. O. S. 326, Dernburg a. a. O. II, 2. S. 117.

nach dem damaligen Rechtszustande vereiteln oder beeinträchtigen würden,[1]) ist schon deshalb nicht beizupflichten, weil dann die Eintragung eines dinglichen Vorkaufsrechtes tatsächlich der Sperrung des Grundbuches gleich käme, welche nach der ausdrücklich betonten Absicht der Motive [2]) gerade vermieden werden sollte.

Nach dem Wesen des Vorkaufsrechtes soll der Verpflichtete vollkommen wirtschaftliche Freiheit haben, während er hier bedeutend schlechter gestellt wäre wie der Wiederkaufsverpflichtete, umsomehr, als oft eine lange Zeit bis zum Eintritt des Vorkaufsfalles vergehen kann. Unter Umständen wäre sogar, da der Berechtigte schwer hypothekarischen Kredit angesichts der Unsicherheit einer bestellten Hypothek bekommen könnte,[3]) ein Zwang zum Verkauf auf den Verpflichteten ausgeübt, der der Natur des Vorkaufsrechtes zuwiderläuft.

Die Ansicht Oberneck's,[4]) der für die Vormerkungswirkung des § 1098 Abs. II B. G.-B. die Ausübung des Vorkaufsrechtes maßgebend sein läßt, folgt der von uns bekämpften Anschauung, die vor der Ausübungserklärung einen Anspruch überhaupt leugnet und ist auf die Fiktion aufgebaut, die Wirkung der Vormerkung sei so zu bestimmen, als sei erst in dem Zeitpunkte der Entstehung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung durch die Ausübungserklärung eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Auflassung im Grundbuche eingetragen. Oberneck übersieht es aber ebenfalls, auf den Inhalt des Eigentums zur Zeit der Ausübung des Vorkaufsrechtes einzugehen und unterstellt, daß schlechtweg jedes nach der Ausübungserklärung eingetragene Recht den Auflassungsanspruch an sich beeinträchtige, während dies wohl nur bei dem Eigentumsrecht eines Dritten der Fall ist. Nimmt er aber an, daß der Anspruch auf Auflassung einen bestimmten Inhalt habe, so kann dieser bestimmte Inhalt nur von dem Kaufvertrag mit dem Dritten herrühren und es ist dann nicht zu verstehen, warum dieser Inhalt vor der Erklärung des Berechtigten eine Änderung erleiden darf und nachher nicht, selbst wenn

---

[1]) Als danach unschädlich kämen nur bereits erloschene und solche Rechte, die an die Stelle von früheren getreten sind, in Betracht.

[2]) Mot. III, 451.

[3]) Vergl. Mot. III, 451.

[4]) A. a. O. S. 597, 598.

die Ausübungserklärung erst den Vorkauf zustande bringt. Denn der Inhalt des Auflassungsanspruchs kann nur entsprechend den Bestimmungen des Kaufvertrages mit dem Dritten eine über § 903 B. G.-B. hinausgehende Bestimmtheit erlangen, wie schon oben ausgeführt.

Abgesehen hievon enthält die Anschauung Oberneck's entschieden Härten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten, da durch Belastungen zwischen Vorkaufsfall und Ausübungserklärung leicht der Dritte die Ausübungslust des Berechtigten hintanhalten könnte und so die dingliche Sicherung des Vorkaufes in manchen Fällen illusorisch würde.

§ 17. Besondere Vorschriften für das dingliche Vorkaufsrecht.

Außer den oben [1]) gelegentlich der Besprechung der Vormerkbarkeit des Wiederkaufsrechtes und des obligatorischen Vorkaufsrechtes angeführten Vorschriften, die einen Unterschied zwischen dem obligatorischen und dinglichen Vorkaufsrechte begründen, den Vorschriften nämlich, daß ein subjektiv-dingliches oder ein Vorkaufsrecht für mehrere Verkaufsfälle bestellt werden kann, und außer der ebenfalls schon hervorgehobenen Bestimmung des § 1098 Absatz I S. 2 B. G.-B., daß das dingliche Vorkaufsrecht beim Verkauf durch den Konkursverwalter aus freier Hand ausgeübt werden kann, hat der Gesetzgeber noch andere Einzelbestimmungen bezüglich des dinglichen Vorkaufsrechtes getroffen, die auch mehr oder weniger auf die Tatsache zurückzuführen sind, daß das dingliche Vorkaufsrecht nur ein Grundstück zum Gegenstand haben kann.

Dazu gehört zunächst die Bestimmung des § 1095 B. G.-B., der analog dem § 1114 l. c. einen Bruchteil eines Grundstückes nur dann mit einem Vorkaufsrechte zu belasten gestattet, wenn er in dem Anteil eines Miteigentümers besteht. Die Ausnahme, welche hier zu gunsten der Miteigentümer gemacht ist, ist umsomehr gerechtfertigt, als nach ihr das beseitigte gesetzliche Vorkaufsrecht unter Miteigentümern, das an Existenzberechtigung dem der Miterben zweifellos nicht nachsteht, durch Begründung eines gegen-

---

[1]) S. oben S. 19.

seitigen Vorkaufsrechtes an den Grundstücksanteilen der Miteigentümer ersetzt werden kann.[1])

Will nur ein realer Teil eines Grundstücks belastet werden, so muß dieser durch Abschreibung gemäß § 6 der Grundbuchordnung zum selbständigen Grundstück gemacht werden.[2]) Umgekehrt ist es jedoch zulässig, das Vorkaufsrecht in der Art zu beschränken, daß zwar das ganze Grundstück mit einem Vorkaufsrechte belastet wird, die Ausübung des Rechtes aber nur einen Teil des Grundstückes treffen soll. Dadurch ist der Eigentümer nicht an der Veräußerung der von dem Vorkaufsrechte nicht unmittelbar betroffenen Grundstücksteile behindert, vielmehr wird man in analoger Anwendung der §§ 1018 mit 1026 B. G.-B. annehmen dürfen, daß der veräußerte Teil von der Belastung frei wird.[3]) Eine solche Analogie ist jedoch nur für den Fall zulässig, daß die Berechtigung zum Vorkauf zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines andern Grundstücks besteht (§ 1018 B. G.-B.). Während ferner für das obligatorische Vorkaufsrecht die Anwendung des § 314 B. G.-B. bezüglich des Zubehörs gegeben ist, mußte für die Erstreckung des sachenrechtlichen Vorkaufes auf das Zubehör ähnlich wie in den §§ 926, 1031, 1120, 1192 B. G.-B. eine Sonderbestimmung eingefügt werden. Dies ist in § 1096 geschehen, wonach mangels einer besonderen Vereinbarung das Vorkaufsrecht sich auf das Zubehör erstreckt. Diese Bestimmung bedeutet, daß der Berechtigte auch wenn in dem Kaufvertrag mit dem Dritten das Zubehör nicht inbegriffen ist, dasselbe vom Verpflichteten erlangen kann, eine weitere Beschränkung der Möglichkeit, das Vorkaufsrecht zu vereiteln, für den Fall, daß dem Berechtigten nur mit dem Grundstück einschließlich des Zubehörs gedient wäre.

Der Vorschrift des § 1099 bedurfte es mit Rücksicht darauf, daß das dingliche Vorkaufsrecht gegen jeden neuen Eigentümer

---

[1]) Vergl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. Anm. 6 zu S. 523.

[2]) A. A. Planck III Anm. 3 zu § 1095, insofern, als er eine Abzweigung für nicht erforderlich erklärt, wenn infolge der Belastung des Teiles mit dem Vorkaufsrechte Verwirrung nicht zu besorgen ist. (§ 6 S. 2 der G. O.) Es läßt sich jedoch nicht rechtfertigen, die nur in den Motiven erwähnte Analogie des Vorkaufsrechtes zur Reallast auf besondere Bestimmungen über die letztere aus anderen Gesetzen auszudehnen, weshalb es in § 6 der G.-O. einer besonderen Erwähnung des Vorkaufsrechtes bedurft hätte.

[3]) v. Cretschmar a. a. O. Vorb. zu § 1094 ff.

wirkt, es mußte daher jedem Dritten und nicht nur „dem" Dritten (§ 510 B. G.-B.) die Berechtigung gegeben werden, den Schwebezustand bis zur Ausübungserklärung in der möglich kürzesten Zeit zu beendigen, wodurch die Behinderung des freien Verkehrs des belasteten Grundstückes möglichst abgeschwächt wird. Die Frist des § 510 ist für das dingliche Vorkaufsrecht aufrechterhalten.

Der eingefügte Absatz II des § 1099 B. G.-B. hat den Zweck, die für den Grundstückseigentümer äußerst mißliche Einengung der Belastungsbefugnis möglichst rasch zu beseitigen.[1]) Es ist daher u. E. nicht zweifelhaft, daß unter „dem neuen Eigentümer" des genannten Absatzes jeder Dritte, der Eigentum erworben hat, zu verstehen ist, wie sich daraus ergibt, daß im Abs. I des § 1099 ganz allgemein von einem Dritten, im Abs. II sodann, ohne daß inzwischen von einem andern Subjekt die Rede wäre, von dem neuen Eigentümer gesprochen wird.[2])

Nur für den Fall des Vorkaufsrechtes für mehrere Verkaufsfälle würde diese Ausdehnung der Verpflichtung entbehrlich, da immer wieder ein neuer Mitteilungsverpflichteter vorhanden wäre.

Mit Rücksicht auf die dingliche Wirkung des Vorkaufsrechtes sind auch einige Sonderbestimmungen über die Gegenleistung, den Kaufpreis, gegeben (§§ 1100—1102 B. G.-B.), die einerseits zum Schutze des Dritten und des Berechtigten, andererseits zur Vereinfachung der Kaufpreisbegleichung getroffen wurden.

Der neue Eigentümer in dem oben erläuterten Sinne kann vom Berechtigten, der von ihm das Grundstück fordert, die Erstattung des Kaufpreises verlangen, soweit er dem Verkäufer gegenüber berechtigt ist. Zur Durchführung des Erstattungsanspruches ist dem neuen Eigentümer das Recht gegeben, die Zustimmung zur Eintragung des Berechtigten als Eigentümers, und falls der Berechtigte diese Eintragung schon erlangt hat, die Herausgabe des Grundstückes zu verweigern.[3])

---

[1]) Der Abs. 1 des § 1099 würde dem neuen Eigentümer wenig nützen, wenn nicht der Abs. 2 den Verpflichteten zur Benachrichtigung anhielte.

[2]) Vergl. Planck III, S. 490, Anm. 4 zu § 1099, Biermann Sachenrecht, Anm. zu § 1099, der nur den ersten Käufer darunter versteht, da der Verpflichtete nur diesem gegenüber Pflichten des Verkäufers habe.

[3]) § 1100 B. G.-B.

Dagegen haftet der Vorkaufsberechtigte dem Verpflichteten für Zahlung des Kaufpreises nur, soweit der letztere nicht schon Zahlung von dem dritten Käufer erlangt hat. Unterläßt es der Dritte sich nach § 1100 B. G.-B. zu sichern, indem er die Herausgabe des Grundstücks verweigert, bis ihm der zwischen ihm und dem Verpflichteten vereinbarte Kaufpreis, soweit er ihn berichtigt hat, von dem Vorkäufer erstattet wird, verliert er also das Eigentum an der Vorkaufssache und hat zugleich schon den Kaufpreis oder einen Teil desselben an den Verpflichteten bezahlt, so ist er auf die Klage nach § 812 ff B. G.-B. gegenüber dem Vorkaufsberechtigten angewiesen, da er den an den Verpflichteten gezahlten Kaufpreis nicht zurückfordern kann (§ 1102 B. G.-B). An den Dritten zu zahlen ist der Berechtigte weder durch Gesetz — wenigstens für den Fall daß der Dritte das Grundstück herausgegeben hat ohne seinen Anspruch geltend zu machen (§ 1100 S. 2) — noch durch Vertrag, da ein solcher wie schon erwähnt, zwischen dem Berechtigten und dem Dritten nicht besteht, verpflichtet.

Soweit der Kaufpreis durch den Dritten noch nicht berichtigt ist, steht ihm die Einrede des nicht erfüllten Vertrages[1]) gegenüber dem Vorkaufsverpflichteten zu; dieser hat davon aber keinen Schaden, weil der Vorkaufsberechtigte ihm gegenüber von der Zahlungsverpflichtung nur insoweit befreit wird, als er dem Dritten den von diesem an den Verpflichteten gezahlten Kaufpreis zu erstatten hätte. Der Verpflichtete erhält also immer den ganzen Kaufpreis, aber auch nicht mehr, während es bei dem Dritten durch unrichtiges Verhalten (§ 1100 B. G.-B.) vorkommen kann, daß er weder vom Berechtigten noch vom Verpflichteten Deckung erlangt; auf Kosten des Dritten bereichert ist dann immer nur der Berechtigte, der Eigentum an der Vorkaufssache erlangt hat, ohne daß er einen Kaufpreis oder doch den ganzen Kaufpreis bezahlt hat.

Zweifelhaft ist es, ob man die Anwendung des § 292 B. G.-B. bezüglich der Erstattung von Verwendungen und der Haftung des dritten Erwerbers für Erhaltung und Verwahrung des Grundstücks zulassen kann. Planck und Neumann[2]) bejahen dies, ebenso Immerwahr.[3]) Es ist sicher, daß der Berechtigte durch

---

[1]) § 320 ff B G.-B.

[2]) A. a. O. je Anm. 4 zu § 1100.

[3]) A. a. O. S. 337.

die Ausübungserklärung allein nicht Eigentümer wird. Man ist daher auf die Übernahme der Bestimmung des § 292 B. G.-B. angewiesen, der das Verhältnis des Klägers zum Beklagten in den oben bezeichneten Punkten dem des Eigentümers zum Besitzer gleichstellt. Es ist aber fraglich, ob man den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit dem der Ausübungserklärung gleichstellen kann, da die Klage nach ihrer die Rechtshängigkeit begründenden Erhebung bis zur mündlichen Verhandlung noch ohne Zustimmung des Gegners zurücknehmbar ist, die Ausübungserklärung aber nicht, weil auf das ausgeübte Vorkaufsrecht einseitig nicht mehr verzichtet werden kann.

Dieses Bedenken vermeidet man, wenn man mit Biermann[1]) annimmt, daß der Dritte wegen etwaiger Verwendungen in das Grundstück nur bei Vorliegen eines besonderen Rechtsgrundes, wie z. B. ungerechtfertigter Bereicherung, den Berechtigten in Anspruch nehmen kann.[2])

Man wird sich der letztern Ansicht anschließen müssen, da mit Rücksicht darauf, daß zwischen dem Vorkäufer und dem Dritten ein Rechtsverhältnis nicht besteht, wenigstens ein solches nicht, das demjenigen zwischen Kläger und Beklagten oder Eigentümer und Besitzer zu vergleichen wäre — für eine Anwendung des § 292 B. G.-B. wenig Raum ist.

Die Sonderbestimmungen des § 1103 B. G.-B. sind wörtlich den Vorschriften über die Reallast entnommen,[3]) sie beweisen als Ausnahmebestimmungen wie schon erwähnt,[4]) daß das dingliche Vorkaufsrecht übertragbar gemacht werden kann.

Das dingliche Vorkaufsrecht hat gegenüber dem obligatorischen auch noch einen besonderen Erlöschungsgrund. Es kann der Berechtigte gemäß § 1104 B. G.-B., wenn er unbekannt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens unter den Voraussetzungen des § 1170 l. c. mit seinem Rechte ausgeschlossen werden.

---

[1]) Widerspruch und Vormerkung. S. 289. Anm.

[2]) Vergl. Prot. III 760. Hat z. B. der im Eigentum oder Besitze befindliche Dritte Hypothekenzinsen, die im voraus zu bezahlen waren, entrichtet, so hat er, falls er innerhalb der Zinsperiode Eigentum oder Besitz auf den Berechtigten übertragen muß, verhältnismäßigen Ersatz vom Berechtigten zu beanspruchen (§§ 103, 812 B. G.-B).

[3]) §§ 1110, 1111 Abs. I B. G.-B.

[4]) S. oben S. 65.

Daß diese Bestimmung auf das Vorkaufsrecht zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstückes keine Anwendung findet, ist selbstverständlich, da dieser als im Grundbuch eingetragen als unbekannt[1]) nicht bezeichnet werden kann.

§ 18. Grundbuchamtlicher Vollzug.

Einem allgemeinen Grundsatz entsprechend bedarf nur das durch Rechtsgeschäft begründete Vorkaufsrecht der Eintragung ins Grundbuch[2]), wobei das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht auf Antrag auch auf dem Blatte des herrschenden Grundstücks vorzumerken ist[3]). Soll ein Teil eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht belastet werden, so muß dieser Teil zuvor von dem Hauptgrundstücke abgeschrieben werden.

Da nach den früheren Ausführungen die Bestellung eines Vorkaufsrechtes an einem Grundstücke der Form des § 313 B. G.-B. bedarf, so hat der Grundbuchbeamte, wenigstens in Bayern und Ländern ähnlicher Gesetzgebung, von amtswegen die Formrichtigkeit des Bestellungsgeschäftes zu prüfen[4]). Erfolgt eine Eintragung trotz mangelnder Form, so besteht kein Bedenken, gemäß § 313 S. 2 B. G.-B. den Formmangel als geheilt anzusehen, vorausgesetzt, daß die dingliche Einigung bindend geworden ist. Dabei handelt es sich nicht um eine Analogie des § 313, sondern es ist, da nach unserer Ansicht bereits mit der Bestellung des Vorkaufsrechts eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück entsteht, § 313 direkt zur Anwendung zu bringen.[5])

---

[1]) Wegen des unbekannten Aufenthaltes des Berechtigten s. o. S. 67.

[2]) Vergl. v. Cretschmar a. a. O. Vorbem. 1094 ff.

[3]) Vergl. Prot. II S. 4807, Leske a. a. O. S. 481.

[4]) § 98 G. O. Art. 12 des bayer. Ausf. Ges. z. G. O. „Der Grundbuchbeamte soll die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen, wenn die nach § 313 B G.-B. erforderliche Urkunde vorgelegt wird.“ Bei mangelnder Form ist der Grundbuchbeamte verpflichtet, die Eintragung abzulehnen, vergl. Meikel a. a. O. S. 183.

[5]) Vergl. Planck II, Vorb. z. § 504, Immerwahr a. a. O. S. 295, Biermann, „Widerspruch und Vormerkung“ S. 283 Anm. 2, vergl. auch Lewandowsky a. a. O. S. 633 f. „Ist das Kausalgeschäft formlos, die Einigung aber nach § 313 und 873 Abs. 2 abgeschlossen, so entsteht mit der Eintragung ein unanfechtbares dingliches Vorkaufsrecht.“

Kommt irgend eine Voraussetzung des Bestellungsaktes, ohne die das Fortbestehen der Berechtigung unmöglich ist, in Wegfall, z. B. durch den Tod des Berechtigten abgesehen von den Ausnahmefällen des § 514, durch den Untergang des Grundstücks, durch Eintritt einer auflösenden Bedingung, so ist das Vorkaufsrecht auf Antrag zu löschen. Ist ferner das einmalige Vorkaufsrecht durch Nichtausübung oder durch eine die Ausübung des Rechts nicht gestattende Art der Veräußerung des Grundstückes, z. B. durch Schenkung oder Kindskauf, erschöpft, so kann die Berichtigung des Grundbuches durch Löschung des nicht mehr bestehenden Vorkaufsrechtes verlangt werden [1]. Dabei bedarf es der Bewilligung des Vorkaufsberechtigten nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen wird [2].)

Es könnte zweifelhaft sein, ob bei Ausübung des einmaligen Vorkaufsrechtes Löschung zu erfolgen hat. Während bei dem obligatorischen Vorkaufsrecht in diesem Falle Untergang des Schuldverhältnisses durch Erfüllung eintritt, wenigstens soweit ein bedingter oder auch künftiger Anspruch auf Eigentumsübertragung angenommen wird, müßte für das dingliche Vorkaufsrecht als Recht an einem Grundstücke die Vorschrift des § 889 B. G.-B. maßgebend sein. Nach diesem erlischt ein solches Recht nicht dadurch, daß der Eigentümer desselben das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Gleichwohl wird man ein Erlöschen des Vorkaufsrechtes für diesen Fall annehmen dürfen, da die Konsolidation nicht die Folge irgend eines Erwerbsaktes, sondern nur die Erfüllung des eigenartigen Rechts ist, auf Grund Vorbehalts die Eigentumsübertragung verlangen zu können [3]).

Dieselbe Annahme wird man u. E. auch für das wiederholentliche und dauernde dingliche Vorkaufsrecht machen dürfen. Denn auch hier wird man die eigenartige Erfüllungswirkung nicht leugnen können. Aus diesem Grunde möchten wir auch das die öftere Ausübung des Vorkaufsrechtes gestattende Recht als eine bestimmte oder unbestimmte Reihe von Vorkaufsrechten erachten und halten es mit Planck [4]) und Biermann [5]) für nötig, daß der

---

[1]) Vergl. Neumann a. a. O. Anm. z. § 1097.

[2]) § 22 der G. O.

[3]) Vergl. Immerwahr a. a. O. S. 339, Simon a. a. O. S. 66.

[4]) A. M. Simon vergl. a. a. O. S. 67.

[5]) A. a. O. Anm. z. § 1097.

Grundbuchvermerk die Einigung auf mehrere oder alle Verkaufsfälle enthält und nicht für genügend, daß nach der allgemeinen Regel des § 874 B. G.-B. auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird[1]).

IV. Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Miterben.
(§§ 2034—2037 B. G.-B.)

Durch das dem einzelnen Miterben nach § 2033 B. G.-B. zustehende Recht, seinen Anteil zu verkaufen, sind die übrigen Miterben der Gefahr ausgesetzt, daß der ihnen fremde Käufer, welcher auf diese Weise in die Gemeinschaft eintritt, der Auseinandersetzung Schwierigkeiten bereitet. Um sie hiegegen zu schützen, gibt ihnen der Entwurf II nach dem Vorgang der preußischen und französischen Gesetzgebung[2]) gegen den verkaufenden Miterben ein Vorkaufsrecht.[3]) In dem Bestreben, eine engere Interessengemeinschaft zu schützen, erinnert dieses Vorkaufsrecht an das retraktrechtliche Institut der Erblosung[4]).

Um den gewollten Zweck aber wirklich zu erreichen, mußte man ein Vorkaufsrecht schaffen, das auch gegen Dritte wirksam ist[5]).

Die sich bezüglich der rechtlichen Natur der früher behandelten Vorkaufsrechte ergebenden Streitfragen sind hier nicht von Belang, dagegen wird eine besondere Frage durch die eigenartige Wirkung des Vorkaufsrechtes der Miterben gegen Dritte angeregt.

Es ist strittig, ob dieses Vorkaufsrecht ein dingliches im Sinne der §§ 1094 ff. B. G.-B. ist.

Hat der veräußernde Miterbe den verkauften Anteil noch nicht übertragen, so bedarf es zum Schutze des Berechtigten keiner Wirkung gegen Dritte, die Miterben haben dann lediglich ein persönliches Vorkaufsrecht gemäß §§ 504 ff. B. G.-B.[6]).

---

[1]) A. M. v. Cretschmar, vergl. a. a. O. II 354.

[2]) Vergl. A. L. R. I. 17 § 61, 65, § 4 des Preußischen Gesetzes vom 2. März 1850, Code civil Art. 841.

[3]) Vergl. Jäntsch a. a. O.

[4]) Vergl. Prot. V. S. 839.

[5]) Vergl. Prot. V. S. 840.

[6]) Nach § 2034 B. G.-B. sind die Miterben zum Vorkaufe berechtigt. Die §§ 504 ff. finden Anwendung, wenn jemand in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkaufe berechtigt ist.

Erst wenn der verkaufte Anteil auf den Käufer übertragen ist, kommen die Besonderheiten dieses gesetzlichen Vorkaufsrechtes zur Geltung. Der § 2035 B. G.-B. gibt erst in diesem Falle den Miterben ein Recht gegenüber dem Dritten, und zwar ein Recht auf Übertragung des Anteils, indem er die Ausübungsbefugnis jetzt sich gegen den Käufer richten läßt, nicht also etwa nur ein Recht, die Zustimmung zur Übertragung des Anteils auf die Berechtigten zu verlangen.

Dagegen erlischt mit der Übertragung auf den Käufer das Vorkaufsrecht dem Verkäufer gegenüber [1]).

Es dürfte daher auch die Annahme eines Vorkaufsrechts mit dinglicher Wirkung [2]), wodurch man die Auffassung als dingliches Vorkaufsrecht [3]) zu umgehen suchte, unrichtig sein, da im Augenblick der dinglichen Wirkung ein Vorkaufsrecht überhaupt nicht mehr vorhanden ist. Denn der sich gegen den Käufer richtende Anspruch der Miterben stellt sich juristisch lediglich als ein Anspruch auf Übertragung des Anteils dar und ist jeder Beziehungen zu dem ursprünglich Verpflichteten bar, was sich unmittelbar aus dem Wortlaut des § 2035 und für den Weiterverkauf durch den Dritten aus § 2037 mit § 2035 ergibt, da nach letzterem das Vorkaufsrecht jeweils gegenüber dem übertragenden Verkäufer erlischt und damit auch etwaige Wirkungen des Rechtes in Wegfall kommen.

Es ist ferner nach dem Wortlaut des § 2035 klar, daß sowohl das ausgeübte als das nicht ausgeübte Vorkaufsrecht dem verkaufenden Miterben gegenüber erlischt, wenn der Anteil übertragen ist. Man kann daher erst bei dem bereits ausgeübten Vorkaufsrecht von einer Fortsetzung des Vorkaufsrechtes sprechen,

---

[1]) Hiemit endet die Haftung des Verkäufers aus dem Vorkaufsrechte und es bedurfte der besonderen Bestimmung des § 2035 Abs. II B. G.-B., der nach § 510 Abs. I l. c. selbstverständlich wäre.

[2]) Vergl. Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 523, Leske a. a. O. S. 212.

[3]) Der Auffassung des Vorkaufsrechtes der Miterben als eines dinglichen Rechtes widerspricht schon der Umstand, daß die Zahl der dinglichen Rechte im B. G.-B. eine geschlossene ist (vergl. Meyer a. a. O. S. 785 f.) und daß das vom B. G.-B. geregelte dingliche Vorkaufsrecht lediglich Grundstücke zum Gegenstand haben kann. Planck Anm. z. § 2035 spricht von einer gewissen Dinglichkeit.

nicht aber bei dem noch nicht ausgeübten, da zwar bei ersterem sowohl die Verpflichtung des verkaufenden Miterben oder Dritten als auch die des Käufers — nach Übertragung des Anteils auf ihn — die Übertragung des Anteils zum Gegenstand hat, nicht aber bei dem nach der Übertragung des Anteils auf den Käufer ausgeübten Vorkaufsrecht, bei welchem auf Seite des verkaufenden Miterben gar keine Verpflichtung entstanden ist. Das nach der Übertragung durch den verkaufenden Miterben gegen jeden Dritten innerhalb der Ausübungsfrist den Miterben zustehende Recht stellt sich daher nach unserer Auffassung lediglich als ein gesetzlich festgelegtes Recht auf Übertragung des Anteils gegen Entgelt dar, als ein Näherrecht, das mit dem Vorkaufsrecht nur das gemeinsam hat, daß ein mit dem ursprünglichen Verkäufer vereinbarter Kaufpreis auch für den Berechtigten bindend ist[1]). Man kann auch schon um deswillen nicht von einem Vorkaufsrecht in diesem Stadium sprechen, weil die Miterben ihr Näherrecht auch geltend machen können, wenn der Käufer durch Schenkung, Tausch oder andere Rechtsgeschäfte den Anteil weiter überträgt. Dafür spricht der in § 2037 gebrauchte Ausdruck „übertragen" im Gegensatz zu dem in § 2034 gewählten Ausdruck „verkaufen." Diese Ansicht widerspricht auch nicht der aus den Protokollen[2]) ersichtlichen Absicht des Gesetzgebers, nur bei „Verkauf" ein Vorkaufsrecht zu gewähren, da darunter der Verkauf durch den Miterben zu verstehen ist.

Aus dem näherrechtlichen Charakter des Vorkaufsrechtes der Miterben sucht man zu folgern, daß schon die Abgabe der Ausübungserklärung den dinglichen Übergang des Anteils auf die Berechtigten zur Folge habe, daß eine besondere Übertragung durch den Käufer nicht mehr notwendig sei.

Es ist allerdings richtig, daß bei den Beratungen des Entwurfes wiederholt der Versuch gemacht worden ist, der Ausübungserklärung eine derartige Wirkung beizulegen. Doch läßt § 2036 B. G.-B., der ausdrücklich von einer Übertragung des Anteils auf die Miterben spricht, eine solche Auffassung der geltenden Be-

---

[1]) Vergl. § 2037 B. G.-B.

[2]) Bd. V S. 837 ff. 842. Ursprünglich war auch für andere Verfügungen der Miterben als Verkauf das Vorkaufsrecht in Aussicht genommen, durch Annahme des Antrag 4 wurde jedoch die Beschränkung auf den Verkauf Gesetz.

stimmungen nicht zu[1]). Es wäre dies auch ungerecht gegen den Käufer, der seines Rechtes verlustig gehen müßte, ohne seinerseits eine Gewähr für den Kaufpreis, wie sie ihm bei der „Übertragung Zug um Zug" stets geboten ist, zu haben.

Bezüglich des Zeitpunktes, der für die freie Verfügungsbefugnis des Vorkaufsverpflichteten hinsichtlich des Anteils maßgebend ist, kann auf die früheren[2]) Ausführungen Bezug genommen werden; im übrigen ist hier ohnedies der früheste Zeitpunkt, von dem an eine Belastung Einfluß auf das Vorkaufsrecht haben kann, der Abschluß des Kaufvertrages mit dem Dritten, da mit diesem das Vorkaufsrecht erst entsteht[3]). Hat nun der vorkaufsverpflichtete Miterbe oder der Dritte den dem Vorkauf unterliegenden Anteil nach Abschluß des Kaufvertrages belastet, so haftet der Verkäufer aus § 505 Abs. II B. G.-B. persönlich dafür, daß er diesen Anteil dem Berechtigten so überträgt, wie es mit dem Dritten vereinbart worden ist, ebenso verhält es sich nach der Abgabe der Ausübungserklärung vor Übertragung des Anteils. Die Rechte Dritter sind wirksam. Selbstverständlich sind auch Rechte wirksam, mit denen der dem Vorkaufsrechte nunmehr unterliegende Anteil vom Dritten belastet wurde, nachdem zwar die Übertragung desselben von den Miterben begehrt, aber noch nicht vollzogen war. Denn es ist sogar eine Weiterveräußerung an einen Vierten zulässig, wenn nicht § 2037 B. G.-B. überflüssig erscheinen soll. Der Dritte ist dabei soweit eine Übertragung schon stattgefunden hat, nicht zum Schadensersatz verpflichtet, da die durch den Anteil bedingte Verpflichtung nach § 2035, 2037 ihm gegenüber erloschen ist und die Schadensersatzleistung nur Ausfluß der Vorkaufsverpflichtung sein könnte.

Einen anderen Standpunkt nimmt Meyer[4]) ein, der den Vorkaufsgegner noch zur Übertragung des Anteils für verpflichtet hält, wenn er nach Empfang der Ausübungserklärung den Anteil übertragen hat, indem er § 2035 Abs. I S. 2 B. G.-B. für

---

[1]) Vergl. Planck V z. § 2036 Aufl. 1908 im Gegensatz zu früheren, ebenso Strohal a. a. O. S. 102, Neumann z. § 2035, O. L. G. E. Bd. 9 S. 387, Matthias a. a. O. 752, Leske a. a. O. S. 1115.

[2]) S. oben S. 71.

[3]) § 2034 B. G.-B.

[4]) A. a. O. S. 788.

nicht anwendbar erklärt. Es ist dies die Konsequenz aus der Anschauung Strohals[1]), der ein Recht gegen den Käufer nur dann entstehen läßt, wenn es dem bisherigen Verpflichteten gegenüber nicht ausgeübt worden ist. Wenn nun die berechtigten Miterben das Vorkaufsrecht gegen den verkaufenden Miterben ausgeübt haben, dieser aber trotzdem den Anteil dem Dritten überträgt, wie wäre den Berechtigten mangels einer anderweitigen allgemeinen dinglichen, d. h. gegen alle statthabenden Wirkung ihres Vorkaufsrechtes zu helfen? Die Zustimmung des Dritten wie zur Eintragung läßt sich nicht erzwingen, da eine Vormerkungswirkung wie bei dem dinglichen Vorkaufsrecht nicht besteht und auch nur bei eingetragenen Rechten in Betracht kommen könnte, andererseits wäre aber ein direkter Anspruch auf Übertragung des Anteils gegen den Dritten auch nicht gegeben, da ja das Vorkaufsrecht schon gegen den Verpflichteten ausgeübt worden ist.

Die Ansicht, daß ein Unterschied zwischen ausgeübtem und nicht ausgeübtem Vorkaufsrecht bei Anwendung des § 2035 nicht zu machen ist, führt auch keinerlei Gefahr des Verlustes der Ausübungsbefugnis herbei, da die zweimonatliche Frist gewahrt ist, wenn die Ausübung einmal fristgerecht erfolgte,[2]) und die Berechtigten es in der Hand haben, durch rasches Betreiben der Übertragung des Anteils an sie weitere Übertragungen an andere hintanzuhalten.

Ist die Frist abgelaufen, so kann es den Miterben auch nicht, wie Strohal meint,[3]) nützen, wenn sie ihr Recht, das sie bei dem ersten Verkauf durch den Miterben nicht geltend machen wollten, da ein Grund gegen den Eintritt des Rechtsnachfolgers in die Erbengemeinschaft nicht bestand, nunmehr bei dem Verkauf durch diesen geltend machen wollen.

In § 2034 B. G.-B. ist nämlich nur von dem Verkaufe eines Miterben die Rede und der den Weiterverkauf behandelnde § 2037 B. G.-B. übergeht den zur Annahme eines wiederholentlichen selbstständigen Vorkaufsrechtes notwendigen § 2034.[4])

---

[1]) A. a. O. Bd. II. S. 101, Nr. 4 b.

[2]) Meyer a. a. O. S. 787.

[3]) A. a. O. S. 100 Anm. 23.

[4]) Vergl. Planck V. Anm. 1 z. § 2037, Binder a. a. O. S. 125 Anm. und v. Cretschmar im Recht 08, S. 313.

Wollen sich die Miterben der Gefahr, durch Weiterverkauf nach Ablauf der Frist nicht genehme Teilhaber der Gemeinschaft zu erhalten, nicht aussetzen, so müssen sie eben ihr Vorkaufsrecht gleich beim ersten Verkaufe ausüben.

Etwas anderes ist es mit der Vorkaufsberechtigung des durch Nichtausübung des Vorkaufsrechtes seitens der Miterben in die Erbengemeinschaft eingetretenen extraneus, wenn ein anderer Miterbe seinen Anteil verkauft. In diesem Fall wird man den extraneus hinsichtlich des Vorkaufes billigerweise als Berechtigten erachten müssen, obwohl er nicht Miterbe ist, weil ihm auch die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises obliegt.

Die Zahlung eines Kaufpreises für den Anteil steht mit der Ausübung des in § 2034 B. G.-B. den Gemeinschaftern gegebenen Rechts im engsten Zusammenhang und darf, da sie im Interesse des Gesamtnachlasses gemacht wird, wohl als Erfüllung einer gemeinschaftlichen Nachlaßverbindlichkeit gelten. Für eine solche haften die Erben gemäß § 2058 B. G.-B. als Gesamtschuldner und zwar auf Grund des Gemeinschaftsverhältnisses. Wer der Gemeinschaft angehört, haftet daher, auch wenn er nicht Erbe ist. Es wäre ungerecht, dem extraneus zwar die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises aufzuerlegen, ihm aber die Vorkaufsberechtigung abzusprechen, besonders da auch er als Gemeinschafter ein Interesse daran hat, Personen, die der späteren Auseinandersetzung gefährlich werden können, von der Gemeinschaft fernzuhalten.

Es würde nun allerdings die Gefahr bestehen, daß der Vorkaufsberechtigte extraneus ganz aus eigennützigen mit der Erbengemeinschaft in keiner Weise zusammenhängenden Motiven sein Recht ausübt. Doch ist der extraneus allein, wie auch jeder Miterbe allein, nicht imstande, sein Recht geltend zu machen. Es besteht zwar kein Zweifel, daß, wenn ein Miterbe auf sein Vorkaufsrecht verzichtet, die übrigen dadurch ihr Ausübungsrecht nicht verlieren,[1]) man wird auch nicht bestreiten können, daß dem einzigen Miterben ein Vorkaufsrecht zusteht; aber man wird kaum behaupten können, daß einer allein ein besonderes Interesse daran haben kann, einen anderen von einer Gemeinschaft zur ge-

[1]) § 513 B. G.-B. ist ergänzend anzuwenden. Vergl. Prot. VI, S. 318 f., 328, Planck V. Anm. z. § 2034.

samten Hand fernzuhalten, worin gerade der Zweck des Miterbenvorkaufsrechtes besteht, sondern es werden immer mehr oder weniger persönliche Interessen des einzelnen Teilhabers sein, die aber die Verkehrsfreiheit des belasteten Gutes nicht hemmen sollen.[1]) Etwas anderes wäre es natürlich bei realen Anteilen, wo der Einzelne wohl ein Interesse daran haben kann, gerade ein besonderes Stück zu dem seinigen hinzuzubekommen.

Haben die Miterben das Vorkaufsrecht ausgeübt und den Anteil zur Gemeinschaft gebracht, so entsteht die Frage: „In welchem Verhältnis haben die Miterben Anspruch auf denselben?" Es ist wohl Planck[2]) beizupflichten, der eine Analogie der §§ 1935, 2094 B. G.-B. für richtig hält, und einen Zuwachs im Verhältnis der einzelnen Anteile annimmt, da auch hier das Ausscheiden eines Gemeinschafters vorliegt und der freigewordene Anteil zum gemeinschaftlichen Vermögen, allerdings nicht kraft Gesetzes, kommt. Zum mindesten ist der Grund, daß die Miterben nach § 2058 B. G.-B. als Gesamtschuldner, also im Innenverhältnis zu gleichen Anteilen haften (§ 426 B. G.-B.), für die Behauptung eines den einzelnen Miterben zustehenden gleichgroßen Anspruchs nicht stichhaltig, da die Haftung gegenüber dem Gläubiger hievon nicht berührt wird,[3]) und eine anteilmäßige Verteilung mehr dem vermutlichen Willen des Erblassers entspricht. Die Gemeinschafter können ja auch untereinander eine im Verhältnis der zugewachsenen

---

[1]) Vergl. Prot. V. S. 839. A. A. Aron in der Els. Loth. Zeitg. Bd. 29 S. 651 ff., der hauptsächlich aus der Anwendbarkeit des § 513 die Ausübungsbefugnis des alleinstehenden Miterben folgert. Wir bestreiten nicht, daß § 513 anwendbar ist, machen nur eine Ausnahme für den Fall, daß offenkundig ein Interesse der Gemeinschaft nicht vorliegt, welches allein auch durch die gemeinschaftliche Ausübungsnotwendigkeit des § 2034 gesichert werden will. Es ist unverständlich, wie Aron den Zweck, von der Gemeinschaft fern zu halten, in Einklang mit seiner Auffassung bringen will (vergl. a. a. O. S. 654/55), da doch die Auseinandersetzungsschwierigkeiten alle Teilhaber treffen müssen. Der Schutz gegen wucherische Verträge, die Erbteile bedürftiger Miterben zu Schleuderpreisen an Handelsleute bringen, dürfte Nebenzweck außerdem auch wieder nur ein Interesse der Gemeinschaft, wenn eine solche vorhanden ist, gegeben sein.

[2]) a. a. O. V. Anm. z. § 2034. A. A. Meyer vergl. a. a. O. S. 791 ff.

[3]) So daß man aus der gleichteiligen Haftung ein gleichteiliges Recht folgern müßte.

Anteile stehende Verteilung des Kaufpreises auf die einzelnen vereinbaren.

Das Vorkaufsrecht der Miterben hat wie jedes Vorkaufsrecht einen gültigen Vertrag mit einem Dritten[1]) zur Voraussetzung. Gültig ist ein Vertrag, wenn er, soweit Form vorgeschrieben, dieser Form genügt. Nach § 2033 B. G.-B. bedarf der Vertrag, durch den ein Miterbe über seinen Anteil verfügt, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ist diese Form nicht gewahrt, so liegt ein gültiger Kaufvertrag nicht vor; es kann dabei u. E. von einer analogen Anwendung des § 313 S. 2 B. G.-B. keine Rede sein, da dieser auf der buchmäßigen Sanktionierung des formlos geschlossenen Geschäftes, wie sie nur bei Grundstücken möglich ist, beruht.[2])

Das Vorkaufsrecht der Miterben ist im Gegensatz zu den übrigen Vorkaufsrechten des B. G.-B. kraft ausdrücklicher Bestimmung für vererblich erkärt;[3]) es tritt ja auch der Erbe des Miterben mindestens mit gleichem Rechte wie der extraneus in die Erbengemeinschaft ein. Aus der positiven Bestimmung über die Vererblichkeit kann zugleich per argumentum e contrario aus § 514 B. G.-B. gefolgert werden, daß das gesetzliche Vorkaufsrecht **nicht** übertragbar ist. Es würde eine Übertragbarkeit auch dem Zweck dieses Vorkaufsrechtes zuwiderlaufen, soweit die Übertragung an einen Fremden geschähe; an einen Miterben, als Teilhaber der Gemeinschaft wäre sie ohne Zweck, insofern er selbst vorkaufsberechtigt ist und auch nichts durch den Besitz einer weiteren Vorkaufsberechtigung gewinnen würde, da nach unserer Meinung die Berechtigung an dem durch Vorkauf erworbenen Anteil sich nach der Größe der Anteile richtet, die den einzelnen Miterben auf Grund der Erbfolge zustehen.[4])

Gegen die Vererbung der Verpflichtung bestehen so wenig Bedenken als bei den übrigen Vorkaufsrechten.

Da der Käufer des Anteils dem Berechtigten gegenüber als Verkäufer erscheint, müßte er gemäß § 2382, 2383 B. G.-B.

---

[1]) Bei Verkauf an einen Miterben ist es daher ausgeschlossen.

[2]) Planck Anm. 2 z. § 2371, Mathias a. a. O. S. 777, A. M. Strohal a. a. O. II § 64.

[3]) § 2034 Abs. II B. G.-B.

[4]) Vergl. oben S. 87.

neben dem kaufenden Vorkaufsberechtigten für die Nachlaßverbindlichkeiten weiter haften. Da dies angesichts des unfreiwilligen Verkaufs nicht billig wäre, bestimmt § 2036 B. G.-B., daß diese Haftung für den Käufer mit der Übertragung des Anteils an die Vorkaufsberechtigten ende.

Da er aber, wenn auch nur vorübergehend, Mitglied der Erbengemeinschaft geworden ist, somit auch die Berechtigung zur Mitverwaltung des Nachlasses [1]) erlangt hat, so tritt auch die Verantwortlichkeit aus der Verwaltung oder Mitverwaltung gemäß §§ 1978—1980 B. G.-B. für ihn ein.

War nun während der Teilhaberschaft des Käufers an der Erbengemeinschaft nicht schon Nachlaßkonkurs eröffnet oder Nachlaßverwaltung angeordnet, jedoch Überschuldung vorhanden, aber die Anordnung der genannten Zwangsmaßregeln untunlich und demgemäß § 1990 B. G.-B. anwendbar, so soll bezüglich der Verantwortlichkeit, des Käufers § 1991 B. G.-B. Anwendung finden. Diese „begrenzte" Anwendung will u. E. mit dem Ausdrucke „entsprechende" [2]) Anwendung hier verlangt werden. Es ist klar, daß der Anteil nach der Übertragung an die Berechtigten von dem Käufer nicht mehr verlangt werden kann. [3]) Doch ist § 1990 B. G.-B. Voraussetzung des § 1991 l. c., daher des ersteren Zitierung, und des § 1991 bedurfte es um die Weiterhaftung des Käufers festzulegen, für den Fall, daß weder die Anordnung der Nachlaßverwaltung noch die Eröffnung des Nachlaßkonkurses tunlich ist oder aufgehoben bez. eingestellt wird. Denn auch für diesen Fall soll eine Haftung aus schlechter und gesetzwidriger Verwaltung stattfinden [4]) und soll gemäß § 2036 letzter Satz B. G.-B. den treffen, durch den der Nachteil veranlaßt oder mitveranlaßt ist. Daß sowohl in den Fällen der §§ 1978—80, als auch des § 1991 mit § 1990 B. G.-B. für den Schadenersatz eine persönliche Haftung neben der Haftung mit dem Nachlaß gegeben sein muß, ist selbst-

[1]) § 2038 B. G.-B.

[2]) „Entsprechend wohl auch insofern, als der Käufer vor Übertragung des Anteils an die Berechtigten in den meisten Fällen sein Weigerungsrecht nicht ausgeübt haben wird, es aber genügen soll, wenn er dazu in der Lage gewesen wäre.

[3]) § 1990 B. G.-B.

[4]) §§ 1978, 1979 B. G.-B.

verständlich, da sonst der Schadensersatzanspruch bei der in beiden Fällen vorhandenen Überschuldung der Masse gegenstandslos wäre.

Wir glauben daher Binder[1]) nicht beipflichten zu können, wenn er der Verweisung auf die §§ 1990, 1991 in § 2036 B. G.-B. praktische Bedeutung abspricht, wenn auch seiner Widerlegung der Ansichten[2]), die die analoge Anwendung der §§ 1990, 1991 B. G.-B. auf den Käufer zu rechtfertigen suchen, in allen Punkten beizutreten ist.

[1]) Vergl. Binder III, S. 128 ff.

[2]) Endemann, Strohal, Planck vergl. bei Binder a. a.O.